

TRATADO

DE

Direito Penal Alemão

PELO

Dr. FRANZ VON LISZT

professor da Universidade de Halle

TRADUZIDO DA ÚLTIMA EDIÇÃO E COMMENTADO

PELO

Dr. José Hygino Duarte Pereira

ex-professor da Faculdade de Direito do Recife
ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal

UNICA TRADUÇÃO AUTORIZADA PELO AUTOR

TOMO I

RIO DE JANEIRO

F. BRIGUIET & C. — Editores 16 e 18 Rua Nova
do Ouvidor 16 e 18

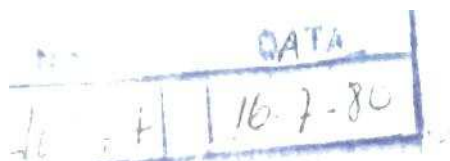
7422-98

1899

r

11

11 i



C«

Typographia Leuzinger - Rio de Janeiro

INDICE GERAL

(1.º volume)

PREFACIO DO TRADUCTOR..... XXIX

INTRODUCCÃO

§ I. — *Conceito do direito penal e objecto do tratado.* —
I. O direito penal como poder publico de punir juridicamente limitado. — II. A politica criminal. — III. As fontes do direito penal. I

I. — Historia do direito penal

§ 2. — *Introducção à historia geral.* — I. Direito comparado e politica criminal. — II. O caracter social da pena primitiva. —
III. A pena publica. — IV. A idéa finalística na pena. 4

§ 3. — *O direito penal dos Romanos.* — I. O periodo antigo. — II. O periodo do processo perante as commissões. — III. O periodo imperial.....9

§ 4. — *O direito penal da Allemanha na idade média.* — "çao I." A idade média anterior (até o seculo XIII). — I. Caracter primitivo. — II. O systema da composição. — III. A pena •lica. — IV. A decadência da monarchia franca. — Secção 2."

Idade média posterior (do século XIII até o XVI) 18

§ 5. — *A ordenança de Carlos V sobre a justiça criminal.* — Js juristas italianos da idade média. — II. A litteratura jurídica popular da Allemanha. — III. Legislações allemfles e especialmente os trabalhos de Schwarzenberg. — IV. Historia da Carolina. —

i". Sua importância..... 33

§ 6. — *O direito penal commum da Allemanha.* — I. A legislação até o meiado do século XVIII. — II. A sciencia — III. A administração da justiça. — IV. A legislação desde 1750. ...-?.....

§ 7. — <i>o período philosophico.</i> —I. O movimento litterario.—	
II. Admissão das novas idéas na legislação.....	55
§ 8. — <i>A legislação penal do seculo XIX.</i> — I. O codigo penal francez. — TI. Os codigos territoriaes da Alleeianba. —	
III. Situação em 1870. — IV. As legislações estrangeiras modernas.	61
§ 9. — <i>A seiencia do direito penal do seculo XIX na Allemanha</i> (até 1890). — I. O período do florescimento da seiencia. —	
II. As theorias sobre o direito penal. — III. O período do declínio.	71
§ 10. — <i>Origem e desenvolvimento do codigo penal do Imperio da Allemanha.</i> — I. Tentativas mallogradas. — II. O codigo penal da Federação da Allemanha do Norte. — III. O codigo penal do Imperio. — IV. Modificações posteriores.....	
§ 11. — As demais leis penaes do Imperio.....	84

II. — Lineamentos de politica criminal

§ 12. — <i>O direito penal como protecção de interesses.</i> —	
I. Bem juridico e norma. — II. A coacção jurídica. — III. Os effeitos da pena em geral. — IV. Os tres fins da pena. — V. Ca	
racter secundario do direito penal	93
§ 13. — <i>As causas da criminalidade e os diversos generos desta.</i> — I.	
Conceito da Criminologia. — II. Criminalidade aguda e chronica. — III. O	
typo do criminoso — IV. A concepção sociologica do	
crime.....	104
§ 14. — <i>As exigencias da politica criminal.</i> — I. Principio fundamental.	
— II. Applicaçao. — III. Limitações da idéa fina-	
listica.....	112
§ 15 — <i>Justificação da pena finalistica ante os adversarios.</i> —	
I O fundamento jurídico da pena está na sua necessidade. —• II O problema	
do livre arbitrio. — III. A justiça da pena. — IV. Tentativa de uma conciliação	
entre as doutrinas antagonicas....	120

III. — As fontes do direito penal imperial

§ 16. — <i>Enumeração das fontes.</i> - I. O direito estatuido como	
unica fonte do direito penal. — II. Lei, ordenança, tratado. — III. —	
Definição da lei, erros de redacção e erros typographicos. —	
IV. — As leis que servem de fontes. — V. Leis em branco	

§ 17. — <i>Litteratura do direito penal imperial e das sciencias auxiliares.</i> — I. Edições dos textos. — II. Exposições systematicas, — III. Commentarios. — IV. Monographias sobre princípios geraes. — V. Revistas. — VI. Collecções de arestos. — VII. Casos criminaes. — VIII. Sciencias auxiliares	138
§ 18. — <i>Imperio da lei penal em relação ao tempo</i> (direito novo e direito antigo). — I. Começo e fim do imperio da lei. — II. Efeito retroactivo das leis penaes. — III. Applicação da lei mais branda	1421
§ 19. — <i>Imperio da lei penal quanto à materia</i> (direito imperial e direito estadual). — I. Principio. — II. Materias não reguladas por lei imperial. — III. Outras limitações á legislação estadual. — IV. Leis estaduaes transitorias	147
§ 20. — <i>Imperio da lei penal quanto ao espaço</i> (sob o ponto de vista doutrinario). — I. Conceito do denominado <i>direito penal internacional</i> . — II. O direito penal como protecção de interesses. — III e IV. Crimes commettidos em paiz estrangeiro. — V. Systema da justiça universal	155
§ 21. — Continuação. <i>O ponto de vista da legislação penal da Allemanha.</i> — I. Principio geral. — II. O que se entende por paiz no sentido do direito penal. — III. Contravenções commettidas em paiz estrangeiro. — IV. Crimes e delictos commettidos em paiz estrangeiro. — V. Disposições especiaes	160
§ 22. — Continuação. <i>A assistencia internacional.</i> — I. A extradicação como acto da assistencia internacional. — II. Os tratados allemães de extradicação. O direito de asylo dos criminosos políticos e a clausula belga relativa ao regicidio	169
§ 23. — <i>Imperio da lei penal quanto ás pessoas.</i> — I. Immunidades de direito publico. — II. Immunidades de direito interna cional.— III. Os militares	176
§ 24. — <i>O direito penal em tempo de paz e em tempo de guerra.</i> — I. O art. 4. ^o da lei de introducção do codigo penal imperial. — II. O codigo penal militar. — III. O art. 36 da lei sobre a imprensa.	180

PARTE GERAL

Do crime

§ 25. — *Conceito e divisão.* — I. Caracteres necessários e formas — II. Divisão dos crimes. Historia. — III. A divisão tripartida do direito vigente. — IV. Corollarios 183

CAPÍTULO I

Caracteres do conceito do crime

I. — *O crime como acção*

§ 26. — *O sujeito do crime.* — I. A capacidade criminal dos animais. — II. Crimes do corpo colectivo 189

§ 27. — *A idéa da acção em geral.* — I. As circunstancias constitutivas do crime. — II. A acção. — III. O resultado. — IV. — Voluntariedade 193

§ 28. — *Da commissão.* — I. O movimento causal. — II. Causação. — III. Limitações e excepções. — IV. Historia da questão. — V. Exposição das opiniões 197

§ 29. — *Da omissão.* — I. Conceito da omissão. — II. A omissão contraria ao direito. — III. A causalidade com relação á omissão 206

§ 30. — *Tempo e lugar da acção.* — I. A commissão. — II. A omissão. — Applicações especiaes 213

H. — *O crime como acção illegal*

§ 31. — *A illegalidade como característico da idéa.* — I. Offender e pôr em perigo bens jurídicos; delictos de desobediencia. — II. Supressão da illegalidade. — III. Desenvolvimento historico... 219

§ 32. — *A legitima defesa.* — I. Historia — II. Os caracteres da idéa. — III. Excesso da legitima defesa 225

§ 33. — *A extrema necessidade.* — I. Historia. — II. De-

§ 34. — Os demais casos em que é excluída a ilegalidade.	
— I. Dever funcional. — II. Automação especial. — III. Exercício de uma profissão legalmente reconhecida. — IV. Consentimento do offendido. — V. Offender a si mesmo. — VI. Resenhas fieis dos debates parlamentares	242

III. — *Do crime como acção culposa*

§ 35. — <i>Conceito e requisitos da culpa.</i> — I. Culpa como responsabilidade pelo resultado. — II. Historia da idéa de culpa.	
— III. O injusto sem culpa	249
§ 36. — <i>Da imputabilidade.</i> — I. A imputabilidade como estado normal. — II. A idéa da imputabilidade no Cod. penal imperial. — III. <i>Actiones liberae in causa.</i> — IV. Sem imputabilidade não ha crime nem cumplicidade	256
§ 37. — <i>Dos casos de não imputabilidade.</i> — I. Falta de desenvolvimento mental: desenvolvimento ainda não concluido ou tolhido. — II. Falta da saude mental. — III. Estados de inconsciencia.....	262
§ 38. — <i>Do dolo.</i> — I. Definição. — II. Dolo e intenção.	
— III. Dolo indeterminado. — IV. Consciencia da ilegalidade.....	270
§ 39. — <i>Continuação. Do erro.</i> — I. Conceito e influencia sobre o dolo. — II. Referencia do erro ao resultado. — III. Erro de facto e erro de direito. — IV. <i>Aberratio ietus e error in persona.</i> ..	279
§ 40. — <i>Continuação. A consciencia da ilegalidade.</i> — I. — Principio. — II. Excepções. — III. Corollarios	284
§ 41. — <i>Da culpa stricto sensu.</i> — I. Historia. — II. Definição. — III. Influencia do erro. — IV. Os delictos culposos segundo a legislação imperial. — V. Culpa em relação às diversas circunstancias do crime. — VI. Grão de culpa.....	289
§ 42. — <i>Da responsabilidade nos delictos de imprensa.</i> — I. Inapplicabilidade dos princípios geraes. — II. O redactor responsavel como auctor. — III. A culpa nos delictos de imprensa.....	294

IV. — *O crime como injusto punível*

§ 43. — <i>O injusto e o crime.</i> — I. O injusto civil e o criminal. — II. Causas que excluem ou extinguem a pena. — III. Condições de punibilidade em sentido estricto. — IV. Requisitos processuaes.....	301
--	-----

§ 44. - *Da queixa do ofendido.* - I. Historia e estado da legislação. — II. — *De lege ferenda* : os dois grupos dos crimes em que cabe a queixa. — III. A queixa segundo o direito vigente.. 311

§ 45. — *A idia da tentativa em geral.* — I. A tentativa acabada e não acabada. — II. Historia da idéa de tentativa.— III. Especies da tentativa. — IV. O direito vigente. — V. Impossibilidade de tentativa..... 321

§ 46. — *Actos preparatorios e execução.* — I. Actos de tentativa proximos e remotos. — II. Actos preparatorios segundo o Cod. penal. — III. Criminalidade excepcional de actos preparatorios..... 331

§ 47. — *Da tentativa impossível.* — I. Historia da questão. II. Punibilidade do crime frustrado 335

§ 48. — *Da desistencia da tentativa.* — I. Sua importancia. — II. Desistencia da tentativa acabada e não acabada. — III. Voluntariedade da desistencia. — IV. Desistencia como causa extintiva de pena..... 342

CAPITULO II Da autoria e da

cumplicidade

§ 49. — *Historia e estado da questão.* — I. Historia. — II. — As diversas formas possíveis. — III. Favorecimento, conspiração e associação de malfeitores. — IV. Cumplicidade necessaria. 348

§ 50. — *Da autoria.* — I. Definição. — II. Autoria mediata. — III. Co-autoria. — IV. Autoria collateral..... 355

§ 51. — *Da cumplicidade.* — I. Instigação. — II. Cumplicidade por assistencia 363

§ 52. — *Continuação.— Corollarios.* — I. Cumplicidade dolosa para uma acção dolosa. — II. Criminalidade da acção principal. — III. — Natureza accessoria da cumplicidade. — IV. Tomar parte por diversos modos ou mesmo crime. — V. Limitações do principio.. 368

§ 53. — *Continuação. — Influencia de certas relações pessoais.* — I. Consequencias da natureza accessoria da cumplicidade. — II. O art. 50 do Cod. penal. — III. Outros casos..... 376

CAPITULO III

O crime uno e a pluralidade de crimes

§ 54. — *A acção una e a pluralidade de acções.* — I. Principio. — II e III. Os casos de unidade da acção..... 380

§ 55. — <i>Da pluralidade de acções que constituem WH SÓ crime.</i> — I. Conceito. — II. Applicações. — III. Delicto colectivo.	385
§ 56. — <i>Como o direito trata o crime sob o ponto de vista de tua unidade.</i> — I. A verdadeira concepção. — II. O não duvidoso concurso de leis. — III. O concurso ideal apparente	390
§ 57. — <i>Da pluralidade de crimes.</i> — I. A reincidencia. — II. Concurso de varios crimes	396

LIVRO SEGUNDO

Das penas I

§ 58. — <i>O conceito da pena.</i> — I. Caracteres. — II. Penas disciplinares e penas processuaes. — III. Penas de ordem. Penas segundo as leis sobre a responsabilidade ministerial. — IV. Penas policiaes	399
---	-----

II. — Dos diversos generos de pena

§ 59. — <i>Do systema penal da legislação imperial</i> — I. Penas principaes e accessorias. Penas subsequentes. — II. Systema penal..	408
§ 60. — <i>Da pena de morte.</i> — I. Historia. — II. Crimes a que se applica. — III. Execução	419
§ 61. — <i>As penas restrictivas da liberdade.</i> Historia. — I. As casas de correcção antigas. — II. Começo da reforma. — III. Luta dos systemas na America do Norte. — IV. Triumpho a prisão cellular. — V. O systema irlandez e a libertação condicional. — VI. Estado actual	416
§ 62. — <i>As penas de prisão da legislação imperial.</i> — I. Especies. — II. Distincção. — III. Prisão cellular. — IV. Libertação condicional. — V. Criminosos adolescentes	422
§ 63. — <i>Da multa.</i> — I. Applicabilidade. — II. Cod. penal. — III. Leis accessorias	426
§ 64. — <i>Da reprehensão.</i> — I. Applicabilidade. — II. Execução	429
§ 65. — <i>Das penas accessorias concernentes á liberdade.</i> — I. Vigilancia policial. — II. Sujeição à disposição da policia. — III. Expulsão	430
§ 66. — <i>Das penas accessorias concernentes á honra.</i> — I. Conceito. — II. Perda dos direitos cívicos. — III. Perda de alguns direitos cívicos. — IV. Processo posterior.....	435

APPENSO

§ 67. — *Da composição ou multa privada.* — I. Applicabilidade. — II. Natureza da multa privada..... 439

III. — A medida da pena na lei e na sentença

§ 68. — *Da graduação judiciaria da pena.* — I. Cominações absolutas e relativas. — II. Escala penal do direito vigente. — III. Graduação da pena. — IV. Modificação. — V. Conversão e computação..... 443

§ 69. — *Modificação da pena.* — I. Aggravação, especialmente no caso de reincidência..... 447

§ 70. — *Continuação. Atenuação.* — I. Causas geraes da atenuação : adolescencia, tentativa, cumplicidade. — II. Causas especiaes. Circumstancias attenuantes..... 45°

§ 71. — *Da conversão.* — I. Da conversão da multa em prisão. — II. Conversão de uma pena de prisão em outra. — III. Conversão do confisco em multa..... 454

§ 72. — *Da computação na pena incorrida.* — I. Computação da prisão preventiva. — II. Computação da pena executada no estrangeiro. — III. Retorsão ou compensação..... 457

§ 73. — *Da pena applicavel no concurso de infracções* (concurso real). — I. Necessidade de modificar-se o principio da accumulção de penas. — II. Pena collectiva. — III e IV. Limitações. — V. Disposições especiaes das leis accessorias..... 459

IV. — Da extincção do direito do Estado á pena

§ 74. — *Das circumstancias extinctivas de pena em geral.* — I. Definição. — II. Morte do criminoso. — III. Arrependimento effcaz. 465

§ 75. — *Da graça.* — I. Definição, historia e fim. — II. Effeitos. Especies. — III. A quem compete a attribuição de agraciar. — IV. Concurso entre diversos chefes de Estado 468

§ 76. — *Da prescrição em geral.* — I. Fundamento da prescrição. — II. Effeitos. — III. Historia..... 475

§ 77. — *Da prescrição da acção.* — I. Prasos. — II. Começo da prescrição. — III. Interrupção. — IV. Suspensão. — V. Effeito.. 479

§ 78. — *Da prescrição da execução.* — I. Prasos. — II. Co meço da prescrição. — III. Interrupção. — IV. Prescrição da» penas accessorias 484



(2.º volume) PARTE

ESPECIAL

§ 79. — <i>Exame do systema.</i> — I. Bem jurídico. — II. Bens do individuo. — III. Bens da collectividade.....	1
---	---

LIVRO PRIMEIRO

Crimes contra os bens do individuo

CAPITULO I

Crimes contra o corpo e a vida

I. — *Do homicidio*

§ 80. — <i>Conceito e especies,</i> — I. Objecto do homicidio. -	
II. Suicídio. — III. A acção. — IV. Especies de homicidio.....	
§ 81. — <i>Do homicidio commum doloso.</i> — Historia. — I. Direito romano. — II. Edade média allemã. — III. A Carolina. — IV. O direito commum. — V. A nova legislação. — VI. A premeditação como característico.....	IO
§ 82. — <i>Do homicidio commum doloso</i> (direito vigente). —	
I. Assassinato e homicidio simples. — II. Atenuação da pena. —	
III. Casos graves.....	14
§ 83. — <i>Do infanticidio.</i> — I. Historia. — II. Definição. —	
III. Objecto. — IV. Sujeito. — V. Penas.....	17
§ 84. — <i>Do homicidio a fedido da viciima.</i> — I. Historia. —	
II. Direito vigente. — III. Penas.....	21
§ 85. — <i>Do homicidio culposo.</i> — I. Historia. — II. Direito vigente.....	23

II. — *Da ofensa physica*

§ 86. — <i>Historia e conceito.</i> — I. Historia. — II. Conceito. —	
III. Consentimento do offendido.....	25
§ 87. — <i>Especies da offensa physica.</i> — I. A ofensa physica dolosa e leve. — II. Dolosa e perigosa. — III. Dolosa e grave. —	
IV. Seguindo-se a morte do ofendido. — V. Ofensa physica culposa.....	31

XIV

TRATADO DE DIREITO PENAL

§ 88. — <i>Processo e punição.</i> — I. Quando é necessaria a queixa. — II. A quem cabe dar queixa. — III. Multas privadas. — IV. Retorsão.....	36
---	----

III. — *Periclitação da vida*

§ 89. — <i>Da exposiçãoe abandono.</i> — I. Historia. — II. Definição. — III. Penas.....	38
--	----

§ 90. — <i>Do envenenamento.</i> — I. Historia. — II. Definição. — III. Penas.....	42
--	----

§ 91. — <i>Do aborto.</i> — I. Historia. — II. Definição. — II. Especies.....	46
---	----

§ 92. — <i>Da rixa.</i> — I. Historia. — II. O art. 227, 1.º ai. do cod. penal. — III. O 2.º al. do mesmo art.....	52
--	----

§ 93- — <i>Do duello.</i> — I. Historia e classificação. — II. De finição. — III. Desafio. — IV. Penas.....	55
---	----

CAPITULO II Crimes e delictos

contra os bens incorporeos

I. — *Delictos contra a honra*

§ 94. — <i>Historia e conceito da injuria.</i> — I. A injuria no direito romano e no direito allemão. — II. Conceito da honra. — III. A acção. —	
--	--

IV. A illegalidade	67
--------------------------	----

§ 95. — <i>Das especies de injuria.</i> — I. A injuria propriamente dita. — II. A maledicencia ou diffamação. — III. A calumnia. — IV. A periclitação do credito. — V. Injuria ao moitp.	80
---	----

§ 96. — <i>Do processo e punição da injuria.</i> — I. Prova da verdade. — II. Queixa. — III. Retorsão. — IV. Satisfação privada.....	87
--	----

II. — *Crimes e delictos contra a liberdade individual*

§ 97. — <i>Conceito dos crimes contra a liberdade individual.</i> — I. A liberdade individual. — II. As especies de ofensa. — III. O	
--	--

titular do bem. — IV. Violencia, ameaça, artificio.....	97
---	----

I § 98. — <i>Historia dos crimes contra a liberdade.</i> — I. <i>Crimen vis.</i> — II. <i>O Landrecht</i> prussiano. — III. Campanha contra o trafico de escravos	07
---	----

§ 99. ■ — <i>Do constrangimento</i> . — I. Definição. — II. Illegitimidade do constrangimento. — III. Tentativa e consumação. —	
IV. O art. 153 da lei sobre a industria.....	101

§ 100. — <i>Da sequestração da liberdade</i> . — I. Definição. —	
II. Caracteres. — III. Penas.....	105

§ 101. — <i>Do rapto de homem</i> . — I. Idéa geral. — II. O rapto de homem em sentido proprio. — III. O rapto de menor....	107
---	-----

III. — *Crimes e delictos contra a liberdade sexual e o sentimento moral*

§ 102. — <i>Considerações geraes</i> . — I. O bem protegido. —	
II. Definição da acção impudica. — III. Exame historico.....	III
§ 103. — <i>Do rapto de mulher</i> . — I. Historia. — II. De	
finição. — III. Especies.....	103
2 104. — <i>Do constrangimento para fins libidinosos</i> (e espe	
cialmente do estupro). — I. Historia. — II. Os casos mencio	
nados no cod. penal.....	122
§ 105. — <i>Libidinagem com ofensa de certas relações de de</i>	
<i>pendencia</i> . — I. Definição. — II. Especies.....	129
§ 106. — <i>Seducção para a copula</i> . — I. Captação para a	
copula por meio de engano. — II. Seducção de uma menor ho	
nesta.....	130
§ 107. — <i>Do lenocínio</i> . — I. Historia. — II. Definição.	
— III. Especies.....	132
§ 108. — <i>Causar escandalo publico e distribuir escriptos ob</i>	
<i>scenos</i> . — I. Causar escandalo publico. — II. Divulgação de es	
criptos obscenos. — III. Communicação dos debates judiciarios	139
§ 109. — <i>Libidinagem contra a natureza</i> . — I. Historia.	
— II. O direito vigente	142
§ no. — <i>Do incesto</i> . ■ — I. Definição. — II. Historia. —	
III. O direito vigente	142

IV. — *Crimes e delictos contra os direitos de família*

§ III. — <i>Offensa do estado civil</i> . — I. Definição. — II. Sup-	
pressão do estado civil. — III. O art. 68 da lei sobre o registro	
do estado civil.. ..	148

§ 112. — <i>Crimes e delitos relativos á celebração do casamento.</i> — I. Burla matrimonial. — II. Crimes de responsabilidade.	
— III. Disposição do projecto do cod. civil.....	155
§ 113. — <i>Da polygamia.</i> — I. Historia. —II. Definição.....	155
§ n4. — <i>Do adulterio.</i> — I. Historia. — II. Definição.....	158

V. — *Delitos contra a liberdade de religião e o sentimento religioso*

§ 115. — <i>Historia e conceito.</i> — I. Historia dos crimes contra a religião. — II. O objecto da protecção do direito penal.	
— III. Exclusão da legislação estadual.....	164
§ 116. — <i>Dos delitos contra a religião.</i> —I. Blasphemia.	
— II. Ultrajar uma sociedade religiosa. — III. Desacato. —IV. Perturbação do culto. — V. Perturbação da paz das sepulturas.....	169

VI. — *Violação do domicilio e violação de segredos alheios*

§ 117. — <i>Da violação do domicilio.</i> — I. Historia. —'	
II. Definição. — III. Especies.....	17c
§ 118. — <i>Da violação de segredos alheios.</i> — I. Considerações geraes. — II. Violação do segredo epistolar. — III. Revelação de segredos alheios	180

VII. — *Crimes e delitos contra a paz jurídica*

§ 119. <i>Considerações geraes.</i> — I. Conceito da paz jurídica.	
— II. Historia.....	187
§ 120. — <i>Da ameaça.</i> — I. Em que consiste. — II. O direito vigente	189
§ 121 — <i>As demais perturbações da paz.</i> — I. A coacção publica. — II. Violação da paz publica. — III. O facto de reunir armas e forças militares. — IV. Excitar as classes sociaes á luta. — V. Abuso do pulpito.....	191

CAPITULO III

Delictos contra os direitos de autor (direitos individuaes)

§ 122 — <i>Da violação dos direitos de autor em materia literaria.</i> — 1. Conceito e historia. - II. Contrafacção propria sole dita, — III. As demais violações dos direitos de autor	197
---	-----

§ 123. — <i>As outras violações do direito de autor.</i> — I a	
III. Obras das artes figurativas, photographias, modelos de gosto. —	
IV. Patente de invenção. — V. Modelos de utilidade	205

CAPITULO IV

Crimes **contra os direitos** reaes

§ 124. — <i>Do furto.</i> — Historia. — I. Direito romano. —	
II. A idade média allema. — III. Os italianos. — IV. A Carolina. —	
V. O direito commum e a legislação territorial	215
125. — <i>Conceito do furto.</i> — I. Definição. — II. Causa alheia movei.	
— III. Custodia. — IV. Tirada. — V. Intenção de apropriação. — VI.	
Tentativa e consummação. — VII. O offendido.	220

§ 126. — <i>Das especies do furto.</i> — I. Furto simples. —	
II. Furto qualificado. — III. Furto em reincidencia. — IV. Furto	
equiparado ao roubo. — V. Furto domestico e entre parentes.....	233
§ 127. — <i>Casos analogos ao furto.</i> — I. Furto do uso. —	
II. Furto da posse. — III. Furto rural e florestal. — IV. Apro	
priação de munções. — V e VI. O art. 370, §§ i.º e 2.º, do Cod.	
penal. — VII. Furto de comestíveis. — VIII. Furto de forragens...	242
§ 128. — <i>Do roubo.</i> — I. Historia. — II. Definição. —	
III. Especies. — IV. Pena accessoria	249
§ 129. — <i>Do desvio ou apropriação indebita.</i> — I. Historia. —	
II. Conceito. — III. Especies	255
§ 130. — <i>Do damno real.</i> — I. Historia. — II. Conceito. —	
III. Especies	260

II. — *Violação de direitos de occupação*

§ 131. — I. Violação do direito de caça. — II. Violação do	
direito de occupar peixes e carangueijos. — III. Violação do direito	
de mineração	275

III. — *Crimes e delictos contra os direitos de credito* (direitos pessoas)

§ 132. — <i>Não implemento do contracto.</i> — I. Historia. —	
H. O direito vigente	276
§ 133. — <i>Da infidelidade.</i> — I. Historia. — II. O art. 266 do	
Cod. penal. — III. Leis concernentes às caixas de soccorro e ao seguro.	
— IV.	
Lei concernente às companhias anonymas e às sociedades em commandita por	
acções. — V. Infidelidade do procurador judicial.....	278

§ 134. — <i>Da bancarota.</i> — I. Historia. — II. Conceito	284
§ 135. — <i>Das especies de bancarota.</i> — I. A bancarota simples. — II. A bancarota qualificada	290
§ 136. — <i>Delitos analogos á bancarota.</i> — I. O favoreci- mento de algum dos credores. — II. Actos de cumplicidade como crimes <i>sui generis</i> . — III. Venda do voto. — IV. Nao requerer a abertura da fallencia	293
§ 137. — <i>Drustrar a execução</i>	296

IV. — *Crimes e delictos contra o patrimonio em geral*

§ 138. — <i>Da burla.</i> — I. Historia. — II. Conceito	298
§ 139. — <i>Especies da burla.</i> — I. Burla simples. — II. Burla em segunda reincidencia. — III. Burla concernente ao seguro	309
§ 140. — <i>Da extorsão.</i> — I. Historia. — II. Conceito. — III. Especies	3x1
§ 141. — <i>Exploração criminosa.</i> — I. Considerações geraes. — II. Exploração de menores	314
§ 142. — <i>Continuação. Da usura.</i> — I. Historia. — II. Usura concernente ao credito. — III. Usura em negocio. — IV. Commi- nações penaes que se relacionam com a lei sobre a usura	317
§ 143. — <i>Periclitação do patrimonio, jogo de azar.</i> — I. Conceito — II. Especies	324
§ 144. — <i>Loteria.</i> — I. Historia e classificação. — II. O art. 286 do Cod. penal. — III, Papeis a premio. — IV. Paga- mentos por conta	328
§ 145. — <i>Perigo occasionado por contrabando</i>	333
§ 146. — <i>Receptação real.</i> — I. Historia. — II. Conceito. — III. Especies	334

CAPITULO V

Crimes que se caracterisam pelo meio empregado para o
commettimento

I. — *Os crimes de perigo commum da legislação imperial*

§ 147. — <i>Considerações geraes.</i> — I. Terminologia do Cod. penal. — II. Character do grupo. — III. Definição do perigo
--

§ 148. — <i>Incendio e inundação.</i> — I e II. Conceito e espe-	cies do crime de incendio. — III. Inundação 346
§ 149. — <i>Crimes e delictos contra as vias ferreas e telegraphos.</i> — I. Pôr em perigo o transporte por via-ferrea. — II. Comprometer o serviço de um telegrapho. — III. Penas accessorias. — IV. Protecção do cabo submarino.....	354
§ 150. — <i>Crimes e delictos relativos a construcções hydraulicas, perigo da navegação etc.</i> — I. Damnificar construcções hydraulicas.— II. Signaes destinados á segurança da navegação. — III. Fazer sossobrar ou dar á costa uma embarcação	359
§ 151. — <i>Crimes e delictos relativos a enfermidades conta- giosas.</i> — I. Infracção das medidas destinadas a prevenir a intro- ducção de enfermidades contagiosas. — II. Infracção das medidas destinadas a prevenir a introdução de epizootias.....	362
§ 152. — <i>Envenenamento de fontes e de objectos de uso.</i> — I. Historia e classificação. — II. O direito vigente	363
§ 153. — <i>Inexecução de contractos de fornecimento.</i> — I. His- toria. — II. Conceito.....	365
§ 154. — <i>Violação das regras da arte das construcções</i>	367
II. — <i>Do abuso de materias explosivas</i>	
§ 155. — I. A lei de 9 de Junho de 1884, em geral. — II. Os crimes que qualifica. — III. Penas accessorias e medidas objectivas	368
III. — <i>Da falsificação de mercadorias</i>	
§ 156. — I. Classificação. — II. Historia. — III. Lei sobre os viveres. — IV. Lei sobre o commercio de objectos que contêm chumbo e zinco. — V. Tintas prejudiciaes á saude. — VI. Lei sobre o commercio dos succedaneos da manteiga. — VII. Lei sobre o commercio de vinhos. — VIII. Lei sobre o exame das armas de fogo portateis.....	373
§ 157. — <i>Historia e classificação.</i> — I. Historia dos crimes de moeda falsa. — II. Classificação.....	382

V. — *Crimes e delictos concernentes a documentos*

§ 166. — <i>Espionagem e revelação de segredos militares.</i> —	
I. Definição do segredo militar. — II. Espionagem. — III. Revelação de segredos militares. — IV. Outros crimes. — V. Crimes cometidos no estrangeiro	439
§ 167. — <i>Da injúria ao soberano.</i> — I. Conceito. — II. Vias de facto. — III. Injúria simples.....	443
§ 168. — <i>Crimes e delictos relativos aos direitos políticos dos cidadãos.</i> — I. Assembléas legislativas. — II. Direito de voto.....	449
§ 169. — <i>Crimes e delictos contra Estados estrangeiros.</i> —	
I. Exame. — II. Actos que o Cod. penal qualifica	453

CAPITULO II Crimes e delictos

contra o poder publico

§ 170. — <i>Intervenção violenta em actos officiaes.</i> — I. Considerações geraes. — II. Resistencia. — III. Aggressão. — IV. Constrangimento. — V. Sedição. — VI. Ajuntamento illicito	457
§ 171. — <i>Violencias contra coiteiros ou guarda-florestas.</i> —	
I. Conceito. — II. Especies. — III. Penas.....	466
§ 172. — <i>Da soltura de presos.</i> — I. Conceito e classificação.	
II. Historia. — III. Especies.....	468
§ 173. — <i>Provocações delictuosas.</i> — I. Conceito e classificação. — II. Provoações qualificadas pelo Código penal. — III. Outras provocações puníveis. — IV. Artigo-Duchesne	472

§ 174. — <i>Menoscabo do poder publico.</i> — I. Diffamação. —	
II. Usurpação de cargos publicos. — III. Suppressão de documentos officiaes. — IV. Arrancar editaes. — V. Destruir symbolos publicos de autoridade? — VI. Violação de sellos. — VII. Violação do embargo.	480

CAPITULO III

Crimes e delictos contra a administração publica

§ 175. — <i>Considerações geraes.</i> — I. Missão do Estado. —	
II. Protecção pelas leis penaes. — III. Classificação dos delictos que pertencem a este grupo	487

I. — *Crimes de responsabilidade*

§ 176. — <i>Historia e conceito.</i> — I. Conceito dos crimes de responsabilidade. — II. Historia. — III. Conceito do funcionario publico. — IV. Divisão.....	491
---	-----



o

§ 177. — <i>Dos crimes de responsabilidade</i> . — I. Corrupção. — ...	
II. Violação dolosa do direito. - III. Infracções concernentes á celebração do casamento. — IV. Abuso de poder. - V. Em materia de processo penal. — VI. Crimes concernentes a documentos. —.....	
VII. Peculato. — VIII. Concussão. — IX. Crimes dos diplomatas.	
X. Crimes dos empregados do correio ou dos telegraphos. — XI. Infidelidade do procurador judicial. — XII. Connivencia do superior hyerarchico.....	495

II. — *Depoimento falso*

(OS DIVERSOS CRIMES CONCERNENTES AO JURAMENTO)

§ 178. — <i>Historia e classificação</i> . — I. Historia. — II. Classificação.....	509
§ 179. — <i>O direito vigente</i> . — I. Especies. — II. Penas	514

III. — *Crimes contra a administração da justiça*

§ 180. — <i>Da denuncia falsa</i> . — I. Classificação. — II. Historia. — III. Direito vigente.....	528
---	-----

§ 181. — <i>Favorecimento e receptação</i> (pessoal). — I. Historia. II. Conceito e especies. — III. O favorecimento segundo o direito vigente. — IV. Favorecimento qualificado	532
---	-----

§ 182. — *Os outros delictos contra a administração da justiça*.

I. Violação do juramento. - II. Publicação do acto de accusação.	
III. Violação do dever de concorrer para a administração da justiça. —.....	
IV. Deixar de denunciar certos crimes. — V. Cominações an tiquadas.....	543

§ 183.—IV. <i>Crimes e delictos contra, a administração de negocios militares</i> . — I. Alliciamento. — II. Seduzir para a deserção. — III. Inhabilitar se para o serviço militar. — IV. Induzir em erro para subtrahir-se á obrigação do serviço militar. — V. Emigração para o mesmo fim. — VI. Induzir allemaes a emigrar, enganando-os. — VII. Infracções das disposições sobre contribuições de guerra. — VIII. Infracções da lei sobre as limitações da propriedade immovel no raio das fortalezas. - IX. Infracções da lei sobre portos militares. — X. Levantar ou publicar planos de obras de fortificação. — Publicações sobre o movimento de tropas. — XII. Não im plemento de contracto para fornecimento. — XIII. Emprego dos pombos-correios em tempo de guerra.....	547
---	-----



§ 184. — V. *Delitos relativos á policia da imprensa.* — I. Violação da obrigação de fazer as declarações necessarias. — II. Violação da obrigação de fazer entrega de um exemplar. — III. Violação da obrigação de inserir avisos officiaes nos periodicos ou,—IV, de inserir rectificações a pedido dos interessados. — V. Distribuição de periodicos estrangeiros. — VI. Distribuição on reimpressão de impressos sequestrados..... 556

§ 185.—VI. *Transgressões relativas ao direito de associação.*— I. Historia. — II. O direito vigente..... 559

§ 186. — VII. *Acções puníveis contra a policia de segurança.*— I. Considerações geraes. — II. Disposições doCodigo penal..... 562

§ 187.—VIII. *Acções puníveis contra a policia sanitaria.*— I a II. Infracções das disposições concernentes a prevenção de epidemias, ou a prevenção de epizootias.— III. Infracção da lei sobre a vaccina.— IV. Infracções da lei concernente á phyloxera.— V. Outras infracções. 565

§ 188. — IX. *Acções puníveis contra a policia dos costumes.* — I. Vagabundagem e mendicidade. — II. Ociosidade e embriaguez.

— III. Commercio de aguardente no alto mar. — IV. Prostituição. — V. Torturar animaes. — VI. Desordem grave.— VII. Não observancia da hora policial.— VIII. Guarda dos domingos e dias de festa. 567

§ 189. — X. *Acções puníveis contra as moedas e os bancos do Imperio.* — I. Moedas. — II. Bancos..... 579

XI. — *Acções puníveis contra a policia industrial*

§ 190. — *Infracção da lei sobre a industria.* — I. Factos que a lei qualifica. — II. Penas. — III. Disposições geraes 582

§ 191. — *Acções puníveis concernentes is sociedades ano-nymas.* — I. Infidelidade. — II. Falsas informações scientemente dadas. — III. Oocultação da situação patrimonial da sociedade. — IV. O facto de não eleger-se o conselho fiscal e de não denunciar-se a fallencia. — V. Enganar o publico. — VI. Venda de voto. — VII. Falseamento eleitoral 587

§ 192. — *Os outros casos.* — Infracções : I.º da lei sobre as caixas de soccorro inscriptas ; 2.º da lei sobre sociedades cooperativas de industria e economia; 3.º da lei sobre sociedades de responsabilidade limitada ; 4.º da lei sobre o fabrico de phosphoros; 5.º da lei sobre o seguro dos operarios contra enfermidades} 6.º da lei sobre o seguro contra accidentes ; 7.º da lei sobre o seguro contra a velhice e a invalides..... 593

TRATADO DE DIREITO PENAL

• |g, _ XII. *Acções puníveis relativas á policia dos pesos e medidas e á policia concernente ao quilate dos metaes.* — I. Infracções da lei sobre pesos e medidas. — II. Infracções da lei concernente & indicação da capacidade dos vasos para líquidos. — III. Infracções da lei sobre a arqueação dos navios. — IV. Infracções da lei sobre o titulo das obras de ourivesaria 601

§ 194. — XIII. *Acções puníveis relativas aos correios, telegraphos e vias-ferreas.* — I. Infracções das disposições sobre o serviço das linhas férreas.—II. Violações das prerogativas dos correios —III. Le- B vantar ou explorar um estabelecimento telegraphico, infringindo as disposições da lei..... • 6°3

2 105. — XIV. *Acções puníveis relativas á navegação.* — Violações das prescrições da lei sobre a nacionalidade dos navios mercantes. — II. Violações da lei sobre o registro e a denominação dos navios mercantes. — III. Violações da lei sobre as declarações que devem ser feitas nos consulados allemães. — IV. Arqueação de navios. — V. O art. 145 do C. penal e as ordenanças imperiaes. — VI. Violação da obrigação de receber a bordo homens do mar. — VII. Infracções da lei sobre naufrágios. — VIII. Protecção do cabo submarino. — IX. Violações da lei sobre gente do mar. — X. Protecção da cabotagem....., 605

XV. — Acções puníveis relativas ás rendas do Imperio

Í 196- — *Considerações geraes.* — I. Divisão dos crimes. — II. Os casos typicos. — III. Peculiaridade das disposições contidas nas leis fiscaes e aduaneiras** 612

t 97- — *Violação do dever relativo ao pagamento de taxas.* | — I. Defraudacoes postaes. — II. Defraudações qualificadas. — III. Utilisarse de sellos desvalorizados para a franquia do tele-gramma 617

{198. — *Infracções relativas a direitos aduaneiros.* — I. Lei sobre a união aduaneira. — II. Segurança das fronteiras da união aduaneira. - III. Infracções da lei de 23 de Junho de 1882. — IV. Infracções das leis aduaneiras austro-hungaras *. 619

8 199. *Infracções relativas a impostos.* — I, Imposto sobre O_CML - II. Imposto sobre o fumo. - III. Imposto sobre cervejarias. - IV e V. Imposto» sobre o álcool. - IV. Imposto sobre o assucar..... ;. 623

§ 200. — *Âcões puníveis relativas ás leis sobre o setto.* — I. Infracções qualificadas pelo C. penal. — II. Lei de 10 de Junho de 1869 sobre o sello de letra. — III. Sello das cartas de jogar. — IV. Sello de papeis de credito. — V. Imposto de estatística **628**

XVI. — Dos crimes militares

§ 201. — *Disposições geraes.* — I. Historia do direito penal militar. — II. Definição dos crimes militares. — III. Imperio do O. penal militar quanto ás pessoas. — IV. Imperio quanto ao espaço. — V. Systema penal. — VI. Modificações das disposições geraes do C. penal civil **632**

§ 202. — *Dos crimes e delictos militares.* — I. Traição militar. — II. Comprometer as forças militares em campanha. — **III.** Deserção. — IV. Inutilisar-se e simular defeitos. — V. Cobardia. — VI. Crimes e delictos contra os deveres da subordinação militar. — VII. Abuso de poder. — VIII. Acções illegaes commettidas em campanha contra as pessoas ou a propriedade. — IX. Outros actos illegaes contra a propriedade. — X. Violação de deveres do serviço no exercicio de funcções especiaes. — XI. Outros actos contra a disciplina militar..... **639**



ABREVIATURAS

- G A..... Archiv für Strafrecht (Arquivo do direito penal, revista).
- G S..... Gerichtssaal (sala de audiência, revista).
- Grinhut.. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht (Revista do direito público e privado).
- H G..... v. Holzendorff und v. Jagemann : Handbuch des Gefängniswesens, 1885 (Tratado sobre as prisões por v. Holzendorff e v. Jagemann).
- H.....
- H H..... v. Holzendorff: Handbuch des deutschen Strafrechts, 1877 (Tratado do direito penal alemão de Holzendorff).
- H R..... v. Holzendorff: Rechtslexikon (Lexicon jurídico de Holzendorff).
- H St..... Handwörterbuch der Staatswissenschaften (Diccionario portátil das ciencias políticas).
- H V..... Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von v. Holzendorff, f. 1885-1889 (Tratado de direito internacional, publicado por v. Holzendorff).
- I K V. Internationale Kriminalistische Vereinigung (União internacional de direito penal).
- N G..... Stenglein : Die strafrechtlich.en Nebengesetze des deutschen Reichs, 1893 (Leis accessorias do Imperio Alemão, publicadas por Stenglein).
- Ot..... Entscheidungen des Berliner Obertribunals (Sentenças do Tribunal superior de Berlim).
- R..... Entscheidungen des Reichsgerichts (Sentenças do Tribunal do Imperio).
- St G..... Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, 1894 (Legislação penal comparada). *Iq*

•

W V. — Wörterbuch des Verwaltungsrechts, herausgegeben von v. Stengei, 1889-1890 (Diccionario de direito administrativo, por v. Stengei).

Z Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista geral das ciencias penaes).

PREFACIO DO TRADUCTOR

O livro do eminente professor Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cuja traducção apresentamos ao publico, fez época na Allemanha, não só como exposição systematica do direito vigente, senão também e principalmente porque imprimio uma nova direcção á sciencia do Direito Penal com adoptar os methodos e as ! idéas fundamentaes da escola positiva.

O autor dedicou, desde a sua mocidade, os dotes superiores do seu espirito e toda a sua actividade, tão fecunda quanto incansável, ao estudo deste ramo do direito. Não é somente um theorico nem somente um pratico, mas um *technico* no sentido rigoroso desta expressão, e ao mesmo tempo um propagandista. Na sua cadeira de professor, na imprensa periódica, em numerosas obras didácticas, nos congressos da União Internacional de Direito Penal, elle tem prestado á nova concepção, neste periódico critico de transição, o valioso concurso do seu profundo saber e do seu fino senso jurídico.

Nasceu a 2 de Março de 1851 em Vienna. Coursou as universidades de Göttingen e Heidelberg. Habilitou-se em 1875 como *FHvat-ãocent* de direito penal na univer* sidade de Graz. Em 1879 foi admittido como professor de direito penal e de processo civil na universidade de Giessen e em 1882 na de Marburg; d'ahi passou em 1889 para a de Halle, como professor de direito penal e de direito internacional. Disputado, como Savigny, pelas L universidades da Allemanha, não pôde aceitar os convites das de Bonn, Jena e Vienna.

Juntamente com Dochow (substituído depois de sua morte por Lilienthal), fundou em 1881 a *Zeitschrift für ,1 ãie gesammte Strafrechtswissenschaft* para servir de órgão

f\$

A seus esforços se deve a fundação de um *Kriminal-Itkches Seminar* com riquíssima bibliotheca, em 1888, em Marburg, donde passou **para** Halle. Instituto destinado a estudos especiaes sobre o direito penal, a sua influencia benéfica se revela pelos seus numerosos trabalhos publicados periodicamente em fascículos e que já formam grossos volumes (').

(¹) Denominam-se na Alemanha *juratiæhe Seminare* estabelecimentos annexos ás faculdades de direito e destinados a estudos e exercícos práticos. Os dois primeiros appareceram em 1853 e 1856 nas faculdades de Halle e Grctfswald, creados por iniciativa do romanista Windscheid e dogermanista Beseler. Presentemente todas as faculdades da Alemanha, com excepção da de Göttingen, têm estabelecimentos desta natureza. Possuem oibliothecas mais ou menos completas, cujas obras podem ser consultadas no lugar. A direcção compete ao decano da faculdade ou a uma commissão por elle nomeada. Servem a todos os ramos da sciencia. Recentemente têm sido instituídos seminários especiaes, technicos e apropriados para a formação de futuros professores. E' deste género o *Kriminaliatiæhe Seminar*, creado por v. Liszt. Ver *Rechtsforschwnq und Rechtaunterricht auf dm deutaehen Uiveraitätch*.

(*) *Memeid und falsches Zeugnis*, Vienna, 1876; *Die falache Aussage vor Gericht*, Graz, 1877 ; *Lehrbueh de» österreichischen Presa-reehta*, Leipzig, 1878; *Doa deutache Reichspressrecht*, Berlin, 1880; *Lehrbueh dea deutachen Strafrechts*, 1881 - 1895; *Der Zweckgedanke vñ Mrafrecht*, Marburg, 1882; *Die Reform dea iuratiiaehen Studiuma T^{rit}SSS^m Berlin* » 1886; *Der italiianiache Strafgesetzentumrf*, Frei-burg, 1888; *Doa Grenzgebiet zwiachen Privatrecht und Strafrecht*, Knmmalutiache Bedenken gegen den Entwurf einea bürgerlichen *fui JEF T * E* ^{deutsches Reich} BerMn. 1889; *StrafriehtafäUe zum akademischen Oebraueh*, 6^e edic., Jena, 1895. *Doa Strafrecht iñr nrechtavergleichender Daratellung* no primeiro vo-lume do *Strafrecht der Staatm Europaa*, Berlin, 1891.

O Codigo Penal allem&o, promulgado em 1851, unificou % legislação penal em toda a Allemanha e, como todas as grandes codificações, fez florescer este ramo da sciencia jurídica, que anteriormente estava quasi que abandonado {aos *práticos*. Desembaraçados das peias do particularismo, os jurisconsultos «dogmáticos» entregaram-se com ardor ao trabalho de systematisar o direito penal nacional. Cumpria-lhes, como na Allemanha se diz, *construir o direito*, isto é, fazer a exegese dos artigos do Codigo, inferir de suas disposições as idéas e principiou superiores, coordenal-os em um systema orgânico, e dar assim re, & geraes e fundamentaes á pratica judiciaria. Achava-se desfarte o caminho para a intelligencia entre a theoria e a pratica até então divorciadas, entregue esta ás suas próprias inspirações, ao passo que aquella se transviava em especulações metaphysicas.

Desse trabalho os criminalistas allemães desempenharam-se com maestria; as obras de Berner, H. von Meyer, Hälschner, v. Wächter, Köstlin, Binding, Merkel e tantos outros são modelos de *construção jurídica*, em que a analyse fina e ás vezes subtil faz lembrar o jurisconsulto romano. O tratado das *Normas* de Binding, por exemplo, é uma obra monumental de perspicácia, de profundeza, que apresenta syhtheses elaboradas pela mais delicada analyse dos factos jurídicos, mas em que a lógica e as idéas abstractas Vão até perder de vista a vida real.

O Tratado do autor, como estudo didáctico do direito positivo, possui os predicados que assignalam os trabalhos congêneres dos seus compatriotas: exposição clara do direito vigente posto em relação com os resultados do desenvolvimento historico, inducção e coordenação dos principfes fundamentaes, exame critico das opiniões notáveis que se tenham manifestado na litteratura e dos arestos dos tribunaes sobre pontos de doutrina. Ainda sob este ponto de vista, além de ter dado o devido valor ás chamadas *leis accessorias*, compreendendo-as no quadro do direito penal, de todos se distingue pela classificação das materias da parte especial, que é a mais lógica e perfeita até ao presente conhecida.

Parlando desta concepção que o crime não é offensa de um direito subjectivo, segundo a doutrina corrente desde Feuerbach, mas offensa ou compromisso de um interesse jurídico, o autor achou neste o principio superior de que o direito penal, e pensamos que qualquer outro ramo do direito, precisa para as suas classificações. •

I

A originalidade e o alto valor do livro, porém, estáy#

nos *Lineamentos de Política Criminal*, onde o autor **con-**densa a sua philosophia, expõe os princípios directores e os methodos da nova sciencia, pronuncia-se sobre *m* questões as mais palpitantes da criminalologia e indica as reformas a fazer na legislação penal em traços largos. Essa reacção contra o classismo é que dá a nota especial do Tratado e assignalou o seu apparecimento comó-l *epoche-machende*.

Toda escola que se circumscreve ao estudo do direito positivo corre o perigo de cahir em rigidez e de sacrificar interesses vitais ao rigor lógico de idéas abstractas. «Positiva, lógica, racional em seu começo, vem facilmente a soffrer os defeitos de suas virtudes; o doutrinarismo, o quietismo, a estreiteza de vistas a torna estranha á vida, ao progresso, ao convívio das nações». (8)

Na Alemanha, como em toda parte, era este o perigo a que estavam expostos os clássicos; os seus methodos esgotaram-se, estava acabado o edificio magestoso de suas idéas, ao passo que os resultados práticos do systema penal em vigor accusavam o vicio e a insufficiencia dos meios empregados na luta contra a criminalidade. O illustre e incançavel Holzendorff, como antes delle Mittermaier, foi um dos poucos que tentaram abrir novos caminhos pelo estudo do direito comparado.

Kein Recht hat das Recht immer Recht zu sein. A escola clássica allemã, na qual todos os systemas metaphysicos estavam representados (4), tinha completado o seu cyclo.

O primeiro signal de opposição ás idéas dominantes foi dado pela *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*. F. von Liszt, seu fundador, filia-se á escola do utilitarismo social inaugurada por von Ihering, cuja intuição se resume nesta formula: *Interessenschutz ist das Wesen des Rechts; der Zweckgedanke die das Recht erzeugende Kraft*. Este pensamento fundamental, applicado ao direito penal, impellio v. Liszt a abandonar toda theoria metaphysica, a considerar a penalidade sob o ponto de vista exclusivamente teleológico e, acompanhando o movimento de expansão das sciencias naturaes, a utilizar-se dos seus methodos no estudo da criminalidade e dos meios repressivos.

RecMsunterricht auf dm deutschn Vni-verMatm. art. Strafrecht, por v. Liszt. *deutschen, Strafrechts* de Holzendorff, i. vol., e o tratado com o mesmo titulo do Dr. L. v. Bar, 1º vol.

U -----

Eis como elle mesmo caracteriza a direcção que quiz dar ao direito penal naquella revista e depois no seu Tratado : «As novas exigências resultam dos defeitos da sciencia exclusivamente dogmática. Como esta, a nova orientação dedica se também á formação de idéas jurídicas no terreno do direito vigente; em opposição á escola de Lombroso, mantém, como baluarte da liberdade individual, o principio *nullum crimen sitie lege*. A formação de idéas jurídicas, porém, é somente uma parte do trabalho a executar. A escola positiva vê na pena um meio para a protecção da sociedade contra o crime e o considera como um phenomeno pathologico social; quer uma luta vigorosa e cõscia de seu fim contra a criminalidade estudada nas suas causas sociaes e a correspondente transformação da legislação penal; põe ao lado do direito penal, não como simples sciencia auxiliar, mas como sciencia irmã, a politica criminal.

«Esta nova direcção, continua elle, que na União Internacional de Direito Penal encontra a sua expressão e ao mesmo tempo o seu centro, já conta presentemente como directores e membros os professores aliemães em numero predominante, e tem rapidamente angariado os jovens práticos prussianos em numero sempre crescente. O combate ainda se trava aqui e acolá, mas já não é mais duvidoso de que lado será o triumpho».

Assim o autor, por um lado, apartou-se da escola lombrosiana, antes anthropologica do que sociológica, para seguir de preferencia as tendências da escola franceza fundada por Lacassagne e a que corresponde a denominada *terza scuola*; e, por outro lado, mantém na sciencia dogmática ou positiva do direito penal o me-thodo teáhnico-jurídico, ligando destfarte a sciencia do passado á do futuro por uma transformação evolutiva, longe de separal-as por uma solução de continuidade.

A' gloriosa escola clássica iniciada na Allemanha no começo deste século pela grande figura de Feuerbach, que Alimena com razão designa como um dos mais insignes criminalistas do mundo, escola que constituiu a sciencia do direito penal e que inspirou todos os codigos modernos, ninguém d'entre os seus adversários presta maior homenagem do que v. Liszt. «O direito penal nos ensina, disse elle no Congresso de Anthropologia criminal de Bruxellas, que a sociedade não pôde punir senão o individuo que se fez culpado de um facto qualificado crime pela lei penal. O codigo penal protege a liberdade individual ! Foi a revolução franceza que nos deu esta for-í"/



mula. Pois bem ! Creio que si essa escola clássica do direito penal, que estuda nao a criminologia, nao a criminalidade, mas os artigos do codigo penal, que nos dá a definição dos delictos e crimes, viesse a desappa-recer, teríamos sacrificado a liberdade individual aos interesses da sociedade».

Acompanhemos o autor nos pontos principaes de sua theoria positiva e teleológica.

A mais vasta classificação das sciencias é a **que** as distingue em especulativas e praticas.

As sciencias especulativas investigam o curso da natureza, as relações necessarias dos phenomenos, sem outro intuito que não seja dar-nos a conhecer as leis do universo. As suas formulas abstractas são a expressão das leis naturaes ; as suas theses são theoremas. Elias nos dizem o que é ; expõem a verdade experimental scientificamente demonstrada.

[s As outras, pelo contrario, propõem-se a fins práticos. Inquirem, não o que é, mas o que deve ser ou o como se ha de fazer. Considerando o fim que visam como um effeito a produzir, procuram o conjuncto de circum-stancias, as condições de que depende o effeito desejado e nos indicam os meios a empregar para obtel-o. As suas formulas são regras, normas e preceitos ; expressam-se pelo modo imperativo.

Não têm por objecto o conhecimento dos factos e das suas leis, a verdade theorica, e sim a acção, a con-ducta, a vontade humana, em tanto quanto esta se dirige a um fim. A *finalidade* é o pensamento que as domina. Mas suppõem o conhecimento dos factos, pois que tiram as suas regras da experiência, e por consequência, quando a experiência não é meramente empírica, dos theoremas de uma ou mais sciencias especulativas.

As sciencias praticas têm pois uma base scientifica : é nos theoremas das sciencias especulativas que se encontram os fundamentos de suas regras. « Uma sciencia pratica, diz Stuart Mill, se compõe das regras e de todas as proposições theoricas que as justificam, e, portanto, têm necessidade de um corpo de verdades scien-tificas, que constituam os seus primeiros princípios».

W intuitivo que estas duas ordens de sciencias « especulativas e praticas — não podem tratar os seus objectos segundo os mesmos methods. Como as primeiras,

procuram a verdade objectiva, o unico methodo de que se podem servir é a observação dos factos e das suas relações causaes. Como as segundas, porém, têm de valorisar as leis naturaes para fins práticos, como têm de dar-nos uma theoria, não do verdadeiro, mas do justo, do conveniente, do adequado ou do correcto, o methodo objectivo por si só não lhes basta, precisam de methods subjectivos ; é a razão pratica que engendra as suas regras ⁽⁶⁾.

A' nova escola positiva do direito penal cumpria, antes de tudo, determinar o character e os diversos pontos de vista das sciencias que se occupam com o crime e o criminoso, bem como as relações que ellas mantêm entre si.

Segundo v. Liszt, essas sciencias concernentes á repressão do crime são o direito penal, a politica criminal e a criminologia.

O *direito penal* é sciencia essencialmente jurídica e, portanto, *systematica*. Si o direito em geral tem por objecto a personalidade humana, e por fim a protecção de interesses, dos bens da vida nas relações entre pessoas, o objecto especial do direito penal é a responsabilidade dos que violam as normas sancionadas pela lei penal. Baseado nas disposições da lei positiva que ligam ao crime como facto a pena como consequência, a sua missão é a analyse da materia jurídica de modo a formar um systema orgânico que condense as idéas, os princípios e as regras superiores, applicaveis á infinita variedade dos casos concretos. O seu methodo não pôde ser outro senão o technico-juridico.

Ao lado do direito penal figura a *politica criminal* (•).

Quem diz politica diz investigação dos meios adequados á consecução de fins do Estado. E' esta a idéa fundamental que Mohl põe em evidencia nesta clara, simples e precisa definição : « a politica é a sciencia que estuda os meios adoptáveis para conseguirem-se fins políticos ».

A politica criminal vem a ser a sciencia chamada a

(•) Ver a dissertação que publicámos no *Direito*, Janeiro, 1893.

(6) A expressão Politica criminal já se encontra no Tratado de Feuerbach, 14ª edic, p. 28.

A *Politica criminal* só se occupa com a repressão do crime e portanto só tem que ver com o delinquente individualmente considerado. A' *Politica social* é que toca supprimir ou limitar as con-dições sociaes do crime por meios preventivos. Ver o Tratado do/ autor, 1ª vol., p. 112.

apreciar o direito existente sob o ponto de visto da sua correlação cora o fim do direito penal, — a repressão do crime, e a indicar, d'entre os meios disponíveis, os mais adequados para a consecução desse fim. *W* a sciencia da legislação penal apreciada quer quanto aos resultados do seu desenvolvimento historico, quer quanto ás reformas que nella devem ser introduzidas. «Incumbe á politica criminal, diz v. Liszt, dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos tambem a entendel-o á luz de considerações tiradas dos fins a que elle se dirige e a applical-o em casos singulares de conformidade com esses fins». Esta sciencia *critica*, que deve saber alliar o espirito de conservação ao de inuovacilo para poder ligar o passado ao futuro, tem o seu logar marcado ao lado do direito penal dogmático ; ambos nos apresentam as duas faces de um só todo !

Mas — acima dissemos — toda sciencia pratica e critica, para achar os meios de que depende o effeito desejado e as regras conducentes a seus fins, precisa conhecer as leis naturaes dos phenomenos e por isso tem de interrogar as sciencias especulativas. A politica criminal precisa pois, especialmente, de uma *criminologia* que investigue os factores do crime.

A criminologia é a «sciencia do crime» (causal, naturalística), e divide-se em *biologia criminal* e em *sociologia criminal*. Ao passo que a primeira descreve o crime como phenomeno que se produz na vida do individuo e estuda o *penchant au crime* na sua conformação e nas suas condições individuaes, a segunda tem por objecto descrever o crime como phenomeno que se produz na vida social e o estuda na sua conformação e nas suas Condições sociaes.

«Mas semelhante distincção, accrescenta o autor, só é admissível, satisfazendo se estes dois requisitos. 1º De-ve-se ter clara consciencia de que o objecto da indagação é um só, e que apenas o methodo é que differe: alii emprega se a observação individual systematica, e aqui a systematica observação de massas (a estatística), pois o crime, como phenomeno social pathologico, compõe-se de um certo numero de crimes individuaes, e cada um destes é apenas um elemento de um facto social; 2º, não se deve esquecer que somente com a união dos dois methodos, de modo a verificar-se e a completar os resultados de cada um delles pelos do outro, pode-se chegar ao conhecimento do crime».

Como sciencias praticas, o direito penal e a politica criminal são sciencias do jurisconsulto ⁽¹⁾. «O creal as, desenvovel-as e transiu ittil-as, é missão do jurisconsulto criminalista, e não do medico, do sociólogo ou do estatístico ». A criminologia, pelo contrario, como sciencia especulativa, pertence ao sábio investigador dos phe-nomenos e dos seus factores. Si o sábio, em vez de dizer o que é, pretendesse dizer-nos o que deve ser, e a dar-nos regras, ou si o pratico, em vez de formular preceitos, se intromettesse a investigar o curso dos pheno-menos, um e outro abandonariam os seus methodos e o terreno dos seus estudos com prejuízo da divisão do trabalho, ao que seguir-se-hiam a incompetência e o diletantismo.

«O direito penal e a politica criminal, pondera o autor, são dous ramos do mesmo tronco, duas partes . do mesmo todo, que se tocam, se cruzam e se fructi-ficam ; sem esta relação de mutua dependência, desna-turam-se e á inevitável a decadência do direito penal. Sem o perfeito conhecimento do direito vigente em todas as suas ramificações, sem completa posse da technica da legislação, sem o rigoroso freio do raciocínio logico-juridico, a politica criminal degenera em um racionalismo estéril a fluctuar desorientado sobre as ondas. Por outro lado, o direito penal perde-se em um formalismo infecundo e estranho á vida, si não fôr penetrado e guiado pela convicção de que o crime não *é somente uma idéa, mas um facto do mundo dos sentidos, um facto gravíssimo na vida assim do individuo como da sociedade ; que a pena não existe por amor delia mesma, mas tem» o seu fundamento e o seu objectivo na protecção de interesses ».

(1) Nos seus estudos de *Criminologia e Direito*, o Dr. Clóvis Bevilacqua insurge-se contra a pretensão de que o legista deva esperar a solução das questões criminologicas obsequiosamente oftececida pelos cultores das sciencias sociaes. Com razão pondera que ainda quando tolas as sciencias naturaes projectassem toda a luz sobre o pheno-ni' no do crime, faltaria alguma cousa para bem o comprehep-dermos : «o fim pratico que determinou a necessidade das indagações sobre a origem, a natureza, as formas e o alcance do phe-ninneno criminologico, se não desnublaria ; será preciso que, depois de todas essas sciencias, e aproveitando certamente os dados por ellas fornecidos, fale o direito». Tem também razão quando diz que o > direito é arte, sciencia e philosophia. Faltou todavia ao illustre professor accentuar a distincção essencial entre a politica criminal e a criminologia especulativa, *iti*

Para que uma e outra se voltem para os factos e não se percam no racionalismo ou no formalismo, é da sciencia especulativa que devem receber a força vivificadora.

Bem diversa desta concepção é a da escola lombroso-siana que apenas conhece a anthropologia e a sociologia criminaes, sem aliás determinar clara e precisamente os seus objectos e os seus limites.

Segundo Ferri, a anthropologia criminal é a sciencia que «estuda o homem criminoso em sua constituição orgânica e psychica e na sua vida de relação com o meio physico e social, como a anthropologia faz a respeito do homem em geral e das differentes raças humanas »⁽⁸⁾.

A denominação de anthropologia criminal dada ao estudo biológico dos factores do crime nunca teria sido lembrada, si não se partisse da falsa supposição de que o criminoso é uma variedade do *gentis homo*. Demonstrada a falsidade desta supposição, aquelle estudo não pode ser considerado como um ramo da anthropologia geral e nada justifica que se continue a designal-o como sciencia anthropologica, a menos que se dê á palavra anthropologia um sentido tão amplo que comprehenda toda indagação scientificla concernente ao homem⁽⁹⁾.

A' parte a impropriedade da denominação, vê-se da definição de Ferri que a anthropologia criminal estuda também o criminoso na sua vida de relação com o meio physico e social e, portanto, além das causas biológicas, as physicas e sociaes da criminalidade. A anthropologia criminal é também sociológica criminal especulativa.

Como porém a anthropologia criminal é, em primeira linha, estudo biológico do criminoso e, tende a considerar o crime como uma fatalidade do organismo, só de passagem e *per aeciãens* se occupará com os factores sociaes, que assim ficam no segundo plano, quando deveriam occitpar o primeiro. A sociologia criminal especulativa fica absorvida na biologia criminal e a ella subordinada.

Por outro lado, si toca á anthropologia criminal estudar o criminoso na sua vida de relação com o meio social, que resta para o que Ferri denomina *sociologia criminal* t Bile nos explica :

«A investigação technica cios caracteres *bio-psychicos*

⁽⁸⁾ La Sociologie Oriminelle, p. 28.
⁽⁹⁾ La Sociologie Oriminelle, p. 496.

(do criminoso) é obra característica da nova sciencia da anthropologia criminal. Ora, esses dados, qite para o anthropologo não são senão o ponto de chegada, para o sociólogo criminalista, são o ponto de partida para as suas conclusões jurídicas e sociaes. A anthropologia criminal é para a sociologia criminal, por sua função scientifica, o qtte as sciências biológicas de descrição e experimentação são para a clinica.

<t O sociólogo criminalista, continua elle, não têm o dever de fazer pessoalmente as investigações de anthropologia criminal, como o clinico não tem o dever de ser um physiologista ou um anatomista..... Só tem o dever de pôr na base de suas indagações jurídicas e sociaes os dados da anthropologia criminal quanto ao lado *biológico* do crime e os da estatística quanto ás influencias do meio physico e social, em vez de fazer somente syllogismos jurídicos abstractos » (¹⁰).

Isto é, a sociologia criminal de Ferri é uma mera politica criminal, uma sciencia pratica com a estreita base de dados *biológicos e estatísticos* (").

Nada obstante, o circulo dessa sciencia é vastíssimo, pois compreende não só os meios repressivos como os meios preventivos da criminalidade, figurando no numero destes, sob o titulo de *sostitutivi penali*, todas as medidas e institutos sociaes que possam concorrer para a diminuição ou suppressão de crimes, embora não tenham a criminalidade por objectivo. A sua sociologia criminal penetra em todos os departamentos e recantos da economia social, como mostra a enumeração por elle feita dos *sostitutM penali* (¹²).

Esta concepção decorre de um dos princípios funda-mentaes da escola lombrosiana. A pena é um meio de defesa social que não se distingue por caracter especifico de qualquer outro. Os meios repressivos são remédios theurapeuticos, os eliminativos são operações cirúrgicas que com os meios hygienicos constituem um systema inteiro pelo qual a sociedade civil pode prover á necessidade immanente de sua defesa.

Com isto o direito penal perde a sua autonomia e passa a ser um simples capitulo da politica ou sociologia criminal, como si pudesse deixar de haver uma sciencia

(¹⁰) *La Soeilogie Crimmellè*, pag. 29.

(¹¹) A estatística é um wethodo e não umtt sciencia.

(1«J Vêr a *Soeilogie Orimilittle*, paga. 216 a 269.



jurídica autonómica com o seu methodo technico jurídico, onde existem relações da pessoa humana reguladas pela lei.

Para que o direito penal perdesse a sua autonomia, fora necessário ir mais longe, muito mais longe do ponto a que chegou o illustre auctor da *Sociologia Criminale*.] Fora mister supprimir não só a lei penal com as suas qualificações de crimes e comminações de penas, como também o processo criminal com os seus meios de defesa e o seu systema de provas para substituir tudo pelo arbítrio administrativo.

Ora, emquanto a liberdade individual fôr também um interesse da collectividade, sem o qual os outros não têm valor, nada faz desejável uma reforma tão radical. W- Só ha um modo de pôr termo aos syllogismos abstractos do jurista, é supprimir o direito.

« ÍTão sei bem o que restará de Lombroso, dizia Tarde espirituosamente no congresso de anthropologia criminal de Bruxellas. Eu o comparo ao café que não nutre, mas que excita e impede que, pelo menos, se morra de inanição. Lombroso foi um tónico poderoso, e é a este titulo que lhe presto homenagem.»

Assim como a Gall e a Spurzheim, apesar do descrédito em que cahio a theoria da localisação das faculdades mentaes nas circumvoluções do cérebro com as correspondentes bossas craneanas, não se nega o merecimento de terem sido os fundadores da physiologia do cérebro e do estudo do craneo, não se pode contestar á brilhante escola lombrosiana, representada por espiritos *d? elite*, a gloria de ter dado o mais vigoroso impulso á sciencia do direito penal, tirando a da immobibilidade, abrindo-lhe realmente novos horisontes, com fazer sentir que a insuficiência dos meios repressivos e preventivos da criminalidade, como systema de defeza social, é devida sobretudo ao não conhecimento do criminoso.

Até então haviam sido estudadas as figuras crimi-naes; os criminalistas as analysaram *ex professo* em todos os seus elementos juridicos; a questão de saber porém — quaes são os factores da criminalidade e quaes os meios apropriados para combatel-a — não tinha sido submettida a um exame scientifico. O crime fora posto no primeiro plano; deixára-se ficar o criminoso na penumbra. Depois dos trabalhos de Lombroso, surgiu uma nova sciencia destinada a estudar os factores do

crime e, como diz v. Liszt, o pensamento fundamental da politica criminal ficou sendo este: eco objecto da punição não é o crime, mas o criminoso, não e a idéa, mas o homem.»

E' a este pensamento que por toda parte vae obedecendo o movimento reformador da legislação penal; a ; elle se prendem os institutos mais recentes e de que se esperam os melhores resultados práticos; a libertação provisória, a sentença condicional, a deportação dos reincidentes, as prisões asylos, o patronato dos réos libertados, a educação dos menores moralmente abandonados;

Erros e exaggeros acompanham quasi sempre as novas intuições.

A existência de um typo anthropologico do delinquente não era essencial ti nova doutrina. Supposta a não existência de tal typo, não deixaria por isso de ser verdade que a criminalidade, como phenomeno patholo-gico com factores biológicos e sociaes, podia e devia ser objecto de uma sciencia experimental. Lombroso porém fez do typo do *uomo delinquente* o ponto central de sua theoria, e deste erro inicial vieram todos os outros como consequências.

A *terza scuóla*, «experimental por seu methodo, mas critica por suas idéas», representada na Itália por Ali-mena, na Allemanha por v. Liszt, na França por Tarde e Lacassagne, na Rússia por Drill e Foinitiski, veio como reacção contra o exclusivismo da escola lombrosiana e repelle o typo do homem criminoso (¹³).

Esse typo Lombroso o compoz com uma serie, cada vez mais numerosa, de caracteres atávicos, atypicos e pathologicos que apparecem, ora isolados, ora reunidos em maior ou menor numero, especialmente no denominado criminoso nato. «Lombroso, dizem Houzé e Warnots, tomou indistinctamente dados anatômicos, physiologicos I e teratologicos, e com todos esses elementos disparatados formou o *famoso arlequin* conhecido sob o nome de criminoso nato. Mas, mesmo reunindo todos esses caracteres, não chegou a encontral-os senão quarenta vezes sobre ; cem delinquentes. Como pode-se encontrar o typo que representa uma série na minoria daquelles que a formam!» (¹⁴) « Que dir-se-hia, pergunta também Topinard,

(>») Vêr o Direito Penal da Itália por Alimena na *Législation Pénale Comparée*, Iº vol.

(¹⁴) Relatório dos Drs. Émile Houzé e Léo "Warnots nos *Acica du troisième Congrès d'Anthropologie Crimvnelle*, pag. 121.

de um typo de raça que se designasse como brachyce-phala e na qual os dolicocephalos apparecessem na proporção de 60%?»⁽¹⁾—

Assim, segundo os resultados a que chegou a escola lombrosiana, ha uma forte proporção de criminosos em que taes caracteres nao se notam, e, por outro lado, esses caracteres podem apparecer e de facto apparecem também em individuos que são honestos ou que pelo menos nunca delinquiram.

Importa isto dizer que na série interminável das atypias, dos atavismos, das taras hereditárias, dos esty-gmas de degeneração, nao ha um só signal que seja especifico do crimiuoso.

O Dr. A. Baer nos dá este testemunho : «nao ha particularidade característica no todo do homem, de cuja existência possamos concluir com alguma certeza que quem a apresenta deva ser um criminoso. Muitos criminosos — nós o temos frequentemente observado — e mesmo muitos criminosos pervertidos, ás vezes reincidentes, individuos dados a crimes desde a sua juventude nao apresentam anomalias na sua conformação corpórea e mental, ao passo que outros individuos com accen-tuados signaes de anomalias morphologicas nunca manifestaram tendência para a vida criminosa»⁽²⁾.

A concepção de Lombroso, predominante na primeira edição do seu *uomo delinquente*, foi considerar o criminoso nato como um atávico, um representante do homem primitivo, um *revenant* das eras prehistoricas. O reapare-cimento um tanto dramático do homem prehistorico com toda a sua impulsividade, egoísmo brutal e instinctos sanguinários no seio das nossas sociedades civilisadas, causou no grande publico, em uma época em que o trans-formismo, o evolucionismo e a hereditariedade estavam em

⁽¹⁾ *Révue d'anthropologie*, Novembro, 1887.

Segundo Topinard, o typo do criminoso de Lombroso não é um typo, mas uma congerie artificial de anomalias sem nenhuma base. Dentre essas anomalias ha algumas absolutamente normaes» como o índice cephalico, a saliência da arcada superciliaria, etc, e outras in-differentes, como a asymetria da face e a plagiocephalia **moderada**.

Benedikt disse no congresso de Roma e repetio no de Paris, applaudido por Moleschott, que « não é justo nem exato pretender que se deva sempre achar alguma cousa anormal no individuo criminoso. Nao é justo nem exato, porque o facto psychologico é em parte o **pro**-ducto de *phenomenos moleculares*, e a sciencia está ainda muito longe de uma *anatomia das moléculas* e de uma *physiologia molecular*. »

(>•) *Der Verbrecher in anthropogischer Beziehung*, p. 394.

moda, a mesma viva impressão que nos fins do século passado produzira a descoberta das bossas craneanas com a significação que lhes dava Gall.

A hypothese do atavismo era porém indemostravel. Que resta das raças primitivas destruídas, amalgamadas, absorvidas por outras que soffreram eguaes vicissitudes f Não seria um facto miraculoso que, após tantos milhares de séculos, de cruzamento e superposição de raças e sob a influencia de causas phisicas e sociaes que tendem antes a dispersar do que a concentrar o typo ancestral, o homem das cavernas e da idade de pedra resurgisse no homem moderno f

«As raças, pondera Topinard, estão em movimento perpetuo, fâzendo-se e desfazendo-se, e se succedem no tempo por camadas que se differenciam e passam insensivelmente dos typos prehistoricos aos actuaes. Assim, quando vejo hoje um craneo que apresenta uma fronte fugitiva, por exemplo, ao passo que a média da raça tem uma fronte média, digo que isto é uma simples variação accidental e individual e não uma reminiscência por atavismo do nosso archi-antepassado do Neanderthal. Para mim é uma semelhança fortuita ; a raça de Neanderthal está desde muito extinta na totalidade ou pelo menos desapareceu afogada na onda das raças numerosas que lhe succederam antes mesmo que bruxoasse a primeira luz da historia » (").

O próprio Lombroso se contradisse, apresentando depois o criminoso como um louco e por ultimo como um epiléptico. O homem primitivo não era um louco nem um epiléptico, mas um ser normal ⁽¹⁸⁾. «Como duas cousas eguaes a uma terceira são eguaes entre si, affirmava elle no congresso anthropologico de Boina, é fora de duvida que a criminalidade innata e a loucura moral não são mais do que variantes da epilepsia ; são, como diria Griesinger, estados epileptoides » (").

Longe de estar fora de duvida, essa identidade da criminalidade e da loucura moral é vivamente contestada, pois que vivamente contestada tem sido a existência de uma loucura moral, permanecendo integras as funções psychicas. §2,

(^T) Relatório apresentado ao Congresso de anthropologia criminal de Bruxellas, *Actes*, p. 489.

(ia) Ver Tarde, *La Criminalité comparée*.

(^M) *Actes du premier Congrès d'Anthropologie Criminelle*,

Ha uma loucura moral, isto é, uma enfermidade psychica, que se oaracterise somente pela perversidade, que consista somente na pratica de actos máos, sem que as faculdades de ideação ou quaesquer outras soffraín perturbação ?

«A exacta observação dos indivíduos de que se trata, responde o Dr. A. Baer, os factos que estão no domínio da sciencia, as experiências feitas tanto sobre criminosos como sobre loucos repelleu esta doutrina do modo o mais decisivo. Neste seutido as opiniões de technicosl notáveis têm augmentado nestes últimos tempos progressivamente, e as autoridades as mais competentes manifestam o desejo de que se bana da psychiatria a denominação *moral imanity*, a qual, mais do que nenhuma outra denominação de enfermidade, é própria para gerar a confusão e induzir em erro*.

«Um homem moralmente defeituoso, assegura o Dr. Baer, nunca poderá ser considerado louco, si, além da tendência delictuosa e da pratica do acto criminoso, não apresentar signal de uma psychose ; não ha louco que, dada a integridade de todas as fuucções psychicas, se caracterise somente por actos criminosos ; esses taes não são senão delinquentes» (").

Na verdade, si a psychiatria já abandonou desde muito a idéa das monomanias, não poderia admittir a loucura moral, conservada a lucidez da intelligencia e a integridade de todas as funeções psychicas, sem voltar áquella idéa incompatível com a unidade do *eu*.

Para salvar a hypothese da identidade da criminalidade innata e da loucura moral, é necessário considerar como synonymas as palavras alienação e anomalia psychica. Mas coutra esta synonymia protesta o próprio Garo falo. «Neste caso, pondera elle, não haveria mais differença entre os estados physiologicos e os estados patbologicos, poisque todo desvio atypico, toda irregularidade do corpo, toda a excentricidade de character, toda particularidade de temperamento, tornar se-hia uma forma nosologica.^. Ora, não ha quasi individuo que não apresente alguma irregularidade no physico ou no moral ; o estado de saude tornar-se hia ideal ; a palavra não teria significação pratica. Entretanto ha um estado de saude physica e de saude intellectual ; ha ainda uma zona intermediaria entre esses estados e os

(^M; *Der Verbreeher in anthropologischer Beziehung*, p. ^8á.

de enfermidade, o que faz que ainda não se nos tenha dado uma definição perfeita da alienação ; isto não impede que em cada caso se possa distinguir um louco de um homem normal» (*).

Quanto à identidade do criminoso e do epilético, surgem objecções que bem mostram quanto a these de Lombroso faz violência aos factos. Porque todos os epiléticos não são criminosos, e porque muitos criminosos não apresentam signal algum de uma nevrose. Dizer que neste ultimo caso ha *epilepsia larvada* é sustentar uma hypothese por outra não menos duvidosa, e procurar refugio em regiões onde a sciencia ainda não fez a luz.

Demais a loucura e a epilepsia são enfermidades e podem dar-se em todos os tempos e em todos os logares, ao passo que os crimes são acções humanas de valor social e portanto relativo : variam de povo para povo e no mesmo povo em diversos momentos do seu desenvolvimento, conforme as suas condições de existência, os seus costumes, as suas intuições e civilização. A natureza não faz e desfaz typos de criminosos ao sabor das leis penaes!

Mas as observações continuadas com tanto afan pelo incansável psychiatra de Turim não foram baldadas, conduziram pelo contrario a um resultado positivo, que é a verdade experimental, o facto demonstrado com que enriqueceu a sciencia. Todos os exames feitos na Itália e nos demais paizes da Europa pelos observadores das opiniões as mais diversas coincidem em confirmar que entre os criminosos apparecem frequentemente atypias, defeitos de conformação no craneo, na face e em diversos órgãos, os chamados signaes de degeneração, bem como que esses defeitos somáticos se encontram reunidos em maior ou menor numero e em differentes combinações ainda mais frequentemente nos criminosos por índole.

Certo, fora dos casos accentuadamente pathologicos, essas anomalias não autorisam a inferir que aquelles em quem se manifestam possuam certas qualidades intellectuaes ou defeitos moraes. Também ellas apparecem frequentemente nos loucos ; e assim como entre taes estygmas e a loucura não ha relação necessaria, poisque ha loucos que não os têm e individuos que os têm e não são loucos, egualmente não ha relação necessaria, e por uma razão idêntica, entre a degeneração e o crime. f•?

(«) *Criminologie*, p. 92.

*

Mas, por outro lado, si é verdade que no mundo dos criminosos apparecem frequentemente indivíduos marcados por taras hereditárias e anomalias somáticas, este facto autorisa a concluir que a degeneração, assim como predispõe para a loucura ou a imbecilidade, também predispõe para o crime sob a influencia de um meio social deletério. E' que os neurasthenicos, irritadiços, apaixonados, não tendo bastante força de resistência, não estão tão bem aparelhados para o *sbruggle for li/e* quanto os indivíduos dotados de um systema nervoso normal.

Neste sentido deve-se admitir que a degeneração hereditária ou adquirida é um dos factores biológicos do crime.

«A me pare, diz com razão Aliniena, che la degenerazione—come causa predisponente, che ora non fa resis-tere ali'impulso, ora produce l'irritabilità, ora impedisce la vita tranquilla e il lavoro onesto — sia il fattore più tristamente fecundo dei delitti, e non solo dei delitti straordinari e terribili, ma anche di quei delitti piccoli, volgari e frequenti, che, per la società, sono come le gooce d'acqua che bucano la pietra» (").

A politica criminal e social, a pratica judiciaria e a sciencia penitenciaria não podem mais perder este facto de vista!

Vejamos agora quaes são as idéas do autor do Tratado sobre este ponto de tanta magnitude.

Segundo a opinião de v. Liszt, não pode haver um typo anthropologico unico do *homo æelinguens*.

O delinquente de occasião é um homem como os outros. Estará alguém isento de ceder a uma forte tentação ? Não se pode pois suppor que em taes delinquentes existam atypias. ❖❖❖

Nos delinquentes que o são por indole, si a, tendência ao crime foi adquirida, certamente as vicissitudes da vida hão de ter impresso vestígios no corpo como n' alma. Nestes casos é possível haver um *typo profissiona*l, com-quanto não o possamos determinar com certesa scientifica.

Si a tendência ao crime é innata, como a causa do adicto existe quasi exclusivamente na individualidade do delinquente, esta deve distinguir-se da individualidade da media dos homens por indícios atypicos. Mas as investigações da antropologia criminal, com quanto revelassem numerosas atypias, não puderam encontrar o typo procurado.

(») *DeWImputabUità*, 1ª vol., pag. 234,

Após um exame científico imparcial, essas numerosas atypias nos apparecem sob uma outra luz.

«Não as encontramos somente nos delinquentes, senão também nos simples de espirito, nos loucos, nos epilépticos, nos aventureiros e até nos indivíduos intellectualmente prendados, posto que talvez em uma só direcção. São ainda relativamente numerosas em mais de um dos povos que se chamam «primitivos», chegados na verdade ao ponto de desenvolvimento do velho que cae em caducidade...

«Quem examina os factos sem opinião preconcebida não pôde duvidar um momento de que se trata, em todos esses casos, de degeneração hereditária. Ao mesmo tempo desaparece o typo do delinquente nato: está comprehendido na noção do homem degenerado hereditária-mente e por isso mesmo affectado de atypias. Desapparece também a tendência innata ao crime: está comprehendida na noção de neurasthenia, de enfraquecimento da força de resistência do systema nervoso central, que é a essência da degeneração hereditária sob o ponto de vista psycho-physiologico.»

A sua conclusão é que, entre os delinquentes por natureza, ha relativamente um grande numero de degenerados, sobretudo de individuos marcados pela hereditariedade.

Este resultado é, ao seu ver, de uma importancia pratica immediata para o legislador, como adiante veremos (*•).

Completando a theoria de Lombroso que, pela natureza de seus estudos, poz em relevo os factores orgânicos do crime, sem ligar egual importancia aos factores sociaes, Ferri fez vêr que o crime é a resultante do concurso simultâneo e indivisivel, quer das condições biológicas do criminoso, quer das condições do meio, onde nasce, vive e opera. «Considerando, diz-nos elle, que as acções humanas, honestas ou deshonestas, sociaes ou anti-sociaes, são sempre o producto do organismo physio-psychico e da atmospherica physica e social, que o envolve, distingo os factores anthropologicos ou individuaes do crime, os factores physicos e os factores sociaes» ("). i ú

(^M) Relatório apresentado ao Congresso de anthropologia criminal de Bruxellas, pag. 91.

(**) *La Socwtogie Grimmelle*, pag. 160.

TBATADO DE DÍBEITO PENAL.

Qual destas três ordens do condições é a que prepondera ou tende a preponderar na produção dos crimes f

Em sua opinião, o valor de cada uma destas três causas natakaes do crime é relativo, poisque cada uma delias exerce maior ou menor influencia na determinação de um crime dado em tal ou tal momento da vida individual e social (").

Com isto o illustre autor da *Sociologia Otiminala* não resolveu o problema nem poz a escola a que pertence a salvo da arguição de não ligar ás causas sociaes do crime a importancia que lhe deve ser dada.

A influencia social não é somente a que se exerce em tal ou tal momento da vida individual e social ; é o conjuncto das influencias provenientes do meio que actuam não só sobre toda a vida do individuo desde o seu nascimento, como ainda que actuaram sobre os seus antepassados, em tanto quanto determinaram a degeneração transmittida á nova geração.

Não se trata de uma questão concreta, isto é, relativa a um crime dado em um momento dado da vida social, caso em que se pode ligar um valor relativo aos diversos factores do delicto e até reconhecer a preponderância do factor biológico, como acontece com os criminosos por indole, quando o *penchant au crime* está inveterado. Trata se sim de uma questão abstracta, isto é, relativa á criminalidade em geral. Sob este ponto de vista a resposta não é duvidosa : são os factores sociaes que preponderam.

Tomemos os criminosos por indole innata ou adquirida, os quaes de ordinário saem das baixas camadas populares. A hereditariedade de pães exgotados, alcoólicos, degenerados, a má alimentação que na infância é só por si causa de anomalias na conformação do craneo e de diversos estados de degeneração, a ausência da educação moral, a influencia deletéria, pelo contrario, do exemplo domestico, as más companhias, a miséria económica e tantas outras relações sociaes são próprias a impellir o individuo para o caminho do crime ; não só fortalecem as tendências criminosas como as criam.

Os mesmos factores physicos ou cósmicos não escapam aos effeitos de causas sociaes. Basta considerar que nas mesmas regiões e sob a influencia do mesmo clima, das

*polosie(2im^IU%l%U7iAcie8 du dmxième Con S^{re8} **<(*">**



mesmas estações, etc., os povos passam da barbaria para 1ª civilização, e no curso do seu desenvolvimento, assim como variam enormemente as suas condições de existência, idéas e costumes, variam também as causas da criminalidade. As estatísticas accusam que nos paizes da Europa em geral a criminalidade diminue do sul para o norte no sentido directo da marcha da civilização.

Concluamos pois com Alimena : «na evolução humana os factores sociaes tendem a tornar-se sempre mais predominantes, e, portanto, também nos crimes» (*).

Um dos traços característicos da *terza scuóla* é justamente esta afirmação do predomínio do factor social na determinação da criminalidade. Nesta parte a differença das intuições das duas escolas tem um enorme alcance social. Para uma, o crime é uma fatalidade orgânica ; para a outra, com modificar-se o meio social pode-se supprimir ou enfraquecer a influencia dos factores biológicos. «Ao fatalismo immobilisante da theoria anthro-pometrica, diz Lacassagne, oppomos a iniciativa social. Si o meio social é tudo, e si elle é tão defeituoso que favoreça a expansão das naturezas viciosas ou criminosas, sobre esse meio e suas condições de funcçãoamento é que devem versar as reformas. *Les sociétés ont les crimmels qvfélles méritent*» (*). *m* São estas as idéas de v. Liszt.

Ao seu ver, só é possível lutar contra o delicto por uma acção positiva sobre os factores que o fazem nascer.

Está acção pode ser dirigida, em primeiro lugar, contra as circumstancias exteriores, sob cuja influencia o delinquente se achava no momento da perpetração do facto, isto é, contra as causas sociaes do delicto. Determinar essas causas com precisão não é missão da anthropologia criminal, e sim da sociologia, cujo methodo mais importante, sem ser exclusivo, é a estatística criminal. Si esta nos mostra que entre as causas do delicto figuram principalmente circumstancias económicas desfavoráveis, toca á politica social indicar os remédios mais apropriados.

A acção sobre os factores do delicto pode ser dirigida, em segundo lugar, contra a individualidade em parte innata e em parte adquirida do delinquente. Aqui con-sidera-se o crime não como manifestação da vida social,

*r

(^w) *De Wlmputabilità*, IV v., p. 267.

(«) *Actea du prêmier Congrêla d'Anthropologie Oriminelle*, p. 167.

mas como manifestação na vida do individuo. A determinação dessas causas individuais do crime, assim como a investigação das circunstâncias que levaram o seu autor a commettel-o, também saem em parte do dominio da anthropologia criminal. Com effeito, a individualidade do delinquente, no momento do crime, é por sua vez determinada pelo passado que talvez operou nessa individualidade mudanças decisivas. Como as relações sociais e sobretudo económicas são de capital importância para a conformação da vida, a politica social, que tem por fim melhorar as relações económicas, terá ainda, sob este ponto de vista, o maior valor para combater o crime.

B A influencia das circunstâncias sociais e económicas, porém, sobre a vida dos indivíduos começa muito tempo antes do seu nascimento. A miséria económica dos pais e o seu cortejo, o exgotamento, a enfermidade, a embriaguez, prejudicam o germen antes que seja fructo.

O recém-nascido traz ás vezes, ao vir ao mundo, eonio única herança paterna, o fardo da ueurasthenia. Beme-diae as circunstâncias económicas desfavoráveis e sal vareis ao mesmo tempo o futuro das novas gerações.

E', pois, evidente que as circunstâncias sociais e] especialmente económicas determinam a marcha da criminalidade sob um tríptico ponto de vista.

1 Desenvolvendo estas idéas no congresso de anthropologia criminal de Bruxellas, exemplificava:

« Bis ahi uma joven de dezoito annos. Furtou. Podemos dizer que esse furto, considerado isoladamente, é o resultado de um factor biológico e de um factor social. Si olharmos porém de mais perto, e si perguntarmos a nós mesmos donde provem esse factor biológico, essa tendência accentuada ao crime, esse desequilíbrio das funções mentaes, essa falta absoluta de senso moral, si examinarmos esses differentes pontos, talvez acharemos que a educação dessa moça foi descurada por seus pais ou ainda que ella não os conheceu.

« Não pensaes que a sociedade que pune esse crime de furto, nada fez para prevenil-o?

« Não acreditaes que essa rapariga, mal alimentada desde o nascimento, dissoluta antes da maturidade, de uma intelligencia não desenvolvida, de uma vontade indisciplinada, que presentemente é ladra incorrigível, prostituta, dada ao alcoolismo, foi impellida ao crime pelo factor social, pelo meio social em que tem vivido f

« E' preciso ir ainda ura pouco mais longe. SupponhamOs que essa joven criminosa é ttma degenerada hereditária, que nasceu de pães esgotados pelos seus males. Está destinada ao crime, a hereditariedade a [estygmatisa desde antes do seu nascimento.

«E ahi está o que eu chamo a tríplice função do factor social. Elle determina o mal no momento da per-pre tacão do facto delictuoso, determina a individualidade do criminoso, determina a individualidade de seus pães» (*⁸).

D'ahi segue se que a sociedade não é somente o caldo em que se desenvolve o micróbio, segundo uma imagem infeliz de Lacassagne; ella não só fecunda o micróbio, como o produz.

« A anthropologia criminal, conclue v. LiSzt, deve ser modesta. As suas averiguações anatómicas e physio-logicas têm uma importancia restricta; só podem tér a pretensão de valer como verdades «cientificas em face de ttma ordem social dada. O homem que examinaes teria procedido de outro modo, no momento do facto, em circumstancias diversas; teria sido outro, si outras influencias houvessem actuado em sua Vida; viria ao mundo diverso do que é, si outras circumstanciaS houvessem dirigido a vida de seus pães» (^w).

A mais importante applicação da authropologia criminal consistirá pois em subordinai-a de um modo consciente â sociologia criminal.

O autor, como Diiring (^{so}), È. v. Hartmann (^{S1}), Post (^w), Kohler (*^s), interroga a historia da pena para pôr em evidencia a idéa finalística que determinou a criação da justiça criminal.

(^{M1}) *Acies du deuxihne Congrèa cPAnthropologìe Oriminelte*, ps. 91-96.

(***) *Aetea du deuxihne Congrèa d'Anthròpologie Oriminelle*, p. 332.

(^M) *Kuraua der PhitòáopMe*, ps. 219-248.

(^w) *Phiinomenologie des sitúichen Bèvmsstsáns*, ps. 196-212.

(^w) *Einleitung in dás Studium der éthnologisclíen Jurisprudent*.

(["]) *Zur Lehre von der Mutrdèkê*. <§£

renuncia á vingança seria nina espécie de suicídio para p indivíduo e consequentemente para a família (*").

A vingança do sangue torna-se assim um dever. [Levada pelo sentimento de sua solidariedade, a família do o ff endido levanta a bandeira da *vendetta* contra a do ofensor. «Accende-se entre as duas uma guerra, em que cada membro de uma família se apresenta como inimigo dos membros da outra, assim como na guerra entre dois Estados cada soldado de nina das partes belligerantes é Inimigo dos soldados da outra parte » (*").

Destfarte a vingança do sangue foi a precursora da pena. Na sua forma primitiva e grosseira cila nos apresenta a primeira manifestação da consciencia do direito : o que o grupo vinga nao é somente a dor cansada. o sangue derramado, senão também a oliensa feita a| *mrgxoa* de um dos seus membros, e nessa retribuição safe rada do mal pelo mal se encontra a tradicional associação de idéas que ainda boje persiste na concepção vulgar da justiça. Vinga-se, *quia peccatum est et ne meccetur* (").

A vingança porém é apaixonada, brutal e desen-preiada ; tende a tomar proporções cada vez maiores e| rouduz á destruição de grupos inteiros. A *neeesithlade* k/w *paz interna*, que já tinha suscitado a lei do talião — j b olho por olho, o dente por dente — como moderação e [medida, fez surgir o systema da composição, e tal foi a segunda phase na reacção social contra o delicio, phase

(1) « La venteeance personelle était un droit, la vonge&ncó du jflng était un devoir. L'une était la répuriiion d'un to/t fait à soi-| Biúme ; l'autre l'expiation de la lésion faite à ãutruí, d'une lésion, sue ne pnuvait plus venger celui-là même, qui l'avait sonilerte. • >u Bois, *Hintuire du droit criminei de» peuples modernea*, p. 68.

(**) PoBt, *Orundrit» der ethnologischen Jariaprudent*, 1? vol., I >. 226.

(39) « A principio, diz H. Spencer, só o temor das represálias nanteve um certo respeito das pessoas e dos bens de outrem ; a idéa le justiça era a de uma compensação de injustiças: olho por olho e lente por dente. Esta idéa perdura durante todo o período dos pri-neiros estádios da civilisação. Depois que a parte lesada cessou de izer a si mesma uma justiça assim compreendida, ella persiste ainda ia pretensão de fazel-a impor pela autoridade constituída. O que so| ««•lama do dispensador da justiça é o castigo e a imposição de um Imnno pelo menos equal ao damno soffrido ou, na falta deste, uma K.rnpensação equivalente a esse damno.-- E' apenas necessário explicar omo a concepção definitiva da justiça tende gradualmente a despren-er-se dessa concepção grosseira.» *Justice*, { 29, X7

tão universal quanto a primeira. A) e ordinário a reconciliação se operava por intermédio da autoridade que se apresentava como arbitro entre as partes contendoras. A princípio facultativa, a composição tornou-se obrigatória ; foram tarifadas as ofensas e as *coimas* correspondentes, recebendo a *communhão* também o preço da sua intervenção.

Veio o *Estado*, ultima forma do desenvolvimento da vida colectiva, e as suas instituições incompatíveis com a estrutura e as instituições das tribus, dos aggregados de character gentílico, não podiam deixar de acarretar a ruina destas ultimas. Os institutos da vingança do sangue e da composição foram dos que resistiram com maior tenacidade, mas, feridos de irremediável declínio, porque tinham perdido toda a sua razão de ser, também os levou a força oriunda das novas circunstancias e relações sociaes. O poder publico, que começou por ser arbitro, acabou por fazer-se juiz ; só elle tem o direito de punir por amor da paz interna, *pax regis*, e a pena individua-Bsou-se, recahindo afinal somente sobre o culpado.

Assim a historia do desenvolvimento da pena mostra que o esforço inconsciente para a manutenção da paz, da *ordem jurídica*, se converteu em esforço consciente ; o acto a princípio instintivo e descomedido se converteu em acto voluntário, racional e ponderado. Nesse desenvolvimento do inconsciente para o consciente é que consistio o progresso. Pnne-se *ne peccetur* (*°).

Certamente a historia da pena não nos dá senão uma explicação histórica; mas é evidente que dessa explicação decorre a justificação da pena. O Estado tem o direito de coagir os individuos por ameaça e execução de penas a proceder de modo que os seus actos não violem as condições de existência social, porque tem o direito de conservar-se e a pena — a historia o

(*°) Um outro progresso é assignalado por v. Ihering: « *A historia da pena*, diz elle, *é uma abolição constante*. No inicio do direito, a noção da pena reina soberanamente; manifesta-se em cada parte do direito, penetrando mais ou menos profundamente todas as relações jurídicas. Mais tarde, o campo de acção da pena se restringe e a noção se apura; é o que denota o progresso do direito... Esta con-clusão nos revela um dos factos mais interessantes, que a historia do direito pôde apresentar para a educação dos povos: o progresso reali-sado pelo homem que, tendo partido da paixão selvagem, da vingança cega, acaba por chegar á moderação, ao imperio sobre si -mesmo, á justiça. » {*Das Schuldmoment wi ròm, Privatr.J*

attesta — é meio imprescindível para a manutenção da ordem jurídica. Esse direito é ao mesmo tempo um dever. Para a comunhão política não é a própria conservação o seu dever primário ?

Justificada a pena sob o ponto de vista do Estado, também o está sob o ponto de vista do individuo, sem que para isto seja necessário suppor uma sujeição voluntária á pena por parte deste.

Embalde Kant objecta que o homem é fim para si mesmo e não pode ser empregado como meio para um fim de utilidade social. Este principio absoluto só poderia ser verdadeiro, si o homem vivesse isolado ; mas elle vive em sociedade, faz parte de um todo orgânico, e a primeira condição para a existência de um organismo é a subordinação e o concurso das partes aos fins do todo.

O Estado faz do cidadão meio para seus fins, quando o obriga a tomar armas para a defesa da pátria, ou a servir cargos públicos, ou a dar o seu testemunho em juízo, ou a pagar o imposto, etc. Si nestes e em muitos outros casos é licito fazer do homem meio para a consecução de fins da vida social, também o é punir o delinquente, já que a pena é meio de prevenção e de educação moral e delia depende a manutenção da ordem jurídica. Esta conclusão é irrecusável, si não se preferir & defesa do direito a anarquia, o canos e a dissolução como consequências ultimas.

E' esta a theoria teleológica que v. Liszt enuncia para e precisamente nesta formula : «a justificação da pena finalística está na necessidade delia para a manutenção da ordem jurídica e consequentemente para a Conservação do Estado ; a pena é justa, quando e em tanto quanto é necessaria para esse fim».

Eis ahi por que nunca foi possível em these traçar a linha divisória entre o injusto punível e o não punível, t A linha divisória, diz v. Liszt, muda conforme os tempos B os logares ; cada povo a traça differentemente ; cada phase na historia do desenvolvimento da humanidade jria novos crimes e faz desaparecer os antigos. Mas a)bservação attenta descortina no fluxo dos phenomenos > pensamento fundamental, a idéa commum e perma-aente. W justamente no assignalamento do injusto criminal que se manifesta a concepção politico criminal, é ia pena que se revela o pensamento finalístico mais ou menos claramente reconhecido e proseguido de um modo mais ou menos consequente. Como meio a empregar na

luta do Estado contra o crime, a pena é infligida onde ella parece ao Estado necessaria, e somente onde parece que o é. E ainda quando a direcção scientifica dominante mostrase sem intelligencia em relação á concepção politico-criminal, ali mesmo o poder dos factos vae exercendo' sobre ella desde annos a sua influencia». D'oude se segue que crime é «o ataque dirigido contra interesses protegidos pelo direito, e especialmente peri-1 goso, a juizo do legislador, para a ordem jurídica existente» (fi).

A esta theoria tão singela, que para justificar institutos humanos se colloca no ponto de vista das cousas humanas, sem ter a pretensão de -penetrar no mundo do transcendental e do intelligivel (f), se contrapõem, em diametral opposição, as theorias absolutas, que na Alle-manha tiveram dois notabilissimos representantes, Kant e Hegel.

Segundo o philosopho de Kcenigsberg, a lei penal é um categórico imperativo. A pena não pôde em caso algum ser infligida como meio para promover um outro bem da sociedade civil ou do criminoso mesmo; deve-se-o somente porque o criminoso delinquo. « Ainda quando a sociedade civil se dissolvesse por accôrdo de todos os seus membros, o ultimo assassino que se achasse em prisão

(⁴¹) No seguinte trecho do seu *Schuldmoment im röm. Privair.* v. Ihering põe em todo o relevo a relatividade da pena: « De todas as noções do direito, a da pena é a mais importante no ponto de vista da historia da civilização. Ella é o reflexo do pensamento e do sentimento do povo em uma epocha determinada; dá o nível exacto de sua moralidade e, semelhante a uma cera molle, recebe o guarda fielmente o cunho de todas as phases do desenvolvimento moral da nação. Séculos inteiros passaram sobre as outras noções do direito sem deixar vestígios: as noções fundamentaes dos direitos reaes de Roma, a propriedade, a posse, as servidões, permaneceram, pouco mais ou menos, o que erão ha dois mil annos. Em vão as interrogariamos sobre as variações que soffreram, no intervallo, os povos que ellas regeram.

«Essas noções representam, por assim dizer, o arcabouço, a ossatura do organismo do direito, que não soffre mais mudanças, desde que chegou ao seu pleno desenvolvimento. Mas é no direito criminal que se encontra o centro onde vão ter os nervos mais vivazes, as veias mais delicadas desse organismo; cada impressão, cada sensação, nelle se traduz exteriormente e de um modo visível. O direito criminal é a face do direito a reflectir a individualidade inteira do povo, o seu pensamento, os seus sentimentos, o seu character, as suas paixões, o seu grão de civilização ou de barbaria, toda a sua alma, em uma palavra, é o povo mesmo. A historia do direito criminal dos povos é um fragmento da psychologia da humanidade a.

PREFACIO DO TRATADO

deveria ser primeiro executado, para que cada um soffra aquillo que pelos seus actos merece e a culpa do sangue derramado não recaia sobre o povo, que não fez efectiva a punição, pois que pode ser considerado como cúmplice nessa publica offensa á justiça» (4ª).

E por que, pergunta-se, o mal ha de ser retribuído com o mal? Outro é o categórico imperativo da moral christã que manda perdoar ! O vosso categórico imprerativo só têm duas explicações possiveis, ou é um brado de ódio e de vingança, e neste caso retrogradamos para as epochas primitivas e anteriores ao apparecimento da pena, ou é um mysterioso preceito do decálogo divino, cujo executor não pode ser o homem. Em todo caso nenhum legislador seria bastante louco para instituir um systema penal, erigir prisões, organizar a justiça criminal e a policia judiciaria, si a isto não o compellisse algum imperioso interesse humano, isto é, si a pena não produzisse efeito para prevenir o crime e emendar o criminoso.

Da pura idéa da retribuição decorre logicamente o talião como medida da pena. A tentativa de Kant para o fim de fundar o systema penal sobre este principio teve completo mallogro, e não podia deixar de ser assim, poisque a gravidade moral do delicto e a pena são quantidades incomensuraveis.

A doutrina de Hegel exerceu maior influencia do que a de Kant. Na nota 4 á pag. 75 do primeiro volume do seu *Tratado*, v. Liszt a resume luminosamente. «A offensa feita ao direito tem na verdade uma existência exterior, mas em si é nulla.» A manifestação d'essa nullidade é a pena. O crime é a negação do direito, e a pena «é a cessação do crime, que de outro modo valeria» C⁴³).

E' um admirável problema psychologico, observa Paulsen, que esse mero jogo de palavras parecesse a muitos dos contemporâneos de Hegel uma solução da questão (**). Pode se apagar o passado e reduzir a nada o acontecido ! O assassinato fica annullado pela execução do assassino, como si não tivesse sido praticado ? Haverá agua bastante no oceano para lavar a mancha do sangue derramado ? Quereis significar que o acontecido não devia ter acontecido ! Mas por amor dessa explicação ficam justificados factos, como o enforcar, o decapitar, o metter em prisão eo

(«) *RecJitslehre*, § 49. («) *Naturrecht*, § 90.

{**} *System der Ethik*, 1º vol., pag. 122.

deportar? Ou quereis simplesmente dizer que o direito deve ser restabelecido? Mas neste caso ahí está um fim humano, que se resolve na manutenção da ordem jurídica, e vós abandonaes a vossa theoria, com descer das alturas do absoluto para a esphera do relativo e do condicionado, que é a das cousas terrestres.

Entretanto as theorias absolutas, apesar de toda a sua insuficiência disfarçada por nebulosidades e um *Jiocktonende pathos*, e as theorias eccléticas, illogicas como conciliação de princípios antagónicos, têm um profundo fundamento que explica a sua sobrevivência e o não terem perdido todo o credito sobre os espiritos. Esse fundamento é a consciencia popular, em que persiste vivo o categórico imperativo da retribuição do mal pelo mal. Para as massas populares a justiça penal assenta sobre uma associação de idéas, que denuncia a sua procedência das eras da *blutrache* e da lei do talião.

A theoria teleológica nada tem que ver com o *punitur guia peccatum*, mas somente com o *punitur ne peccetur*; não se propõe a fazer *expiar* o crime, a retribuir o mal pelo mal, não quer apagar o passado, e só justifica a pena como medida necessaria e effícaz sob o ponto de vista da defesa social. Guyau nos dá o ideal da justiça penal nesta fórmula scientifica: « o máximo de defesa social com o mínimo de soffrimento individual»^(tf).

Para construir um systema penal sobre esta base, a nova theoria encontrará sem duvida na consciencia popular— poisque nella a pena tem repercussão — a força resultante de todas as idéas moraes accumuladas e trans-mittidas como um patrimonio commum, mas encontrará também ás vezes obstáculos oppostos a que certas reformas sejam levadas até ás suas ultimas consequências.

Segundo Guyau, a noção de uma justiça distributiva, consistente em proporcionar o bem ao bem, o mal ao mal, é um instincto que no meio em parte artificial da sociedade humana, se modifica a pouco e pouco, e dia virá em que perderá mesmo o apoio pratico que lhe presta ainda hoje a opinião popular (*•).

Sem determo-nos na apreciação desta prophécia, é certo que aquella concepção existe, e tanto basta para mostrar quanto é melindrosa e complexa a missão que incumbe ao legislador criminal.

(<*) *Esquine d'une morale aans obligation ni sancion*, pag. 211 («)
Op. cit., pag. 208.

D'ahi esta sensata ponderação de v. Liszt:

« O legislador ha de ter em conta as intuições jurídicas que dominam n'alma popular, os juízos moraes tra-| dicionaes como um poderoso e valioso factor. Deve abster-se de romper bruscamente com essas intuições, sem I todavia esquecer jamais que é chamado e está em condições de dirigil-as e gradualmente formal-as.»

Tem-se feito vários ensaios de classificação dos criminosos- sob o ponto de vista da biologia criminal.

A principal e a mais conhecida é a de Ferri que distingue cinco categorias de delinquentes: os criminosos alienados, os criminosos natos, os criminosos por habito adquirido, os criminosos de occasião e os criminosos por paixão (*').

Como o primeiro grupo não tem importancia para a criminologia ou o direito penal, mas somente para a psiquiatria, e os criminosos por paixão podem pertencer a qualquer uma das outras categorias, vê-se que a classificação de Ferri não assenta sobre um principio superior e fundamental. Em ultima analyse os seus grupos se reduzem a dois: os criminosos de occasião e os criminosos por habito.

A mesma critica provocam as classificações de Colagani, Benedikt, Marro. Todas denunciam a falta de um principio superior; o mesmo criminoso pode pertencer a diversas categorias.

Foi Wahlberg quem assignalou a distincção dos criminosos em dois grupos, os criminosos de occasião ou por habito. Esta classificação já clássica é aceita por v. Liszt; mas elle a corrige, quer quanto ao modo de caracterisar os dois grupos, quer quanto ás denominações.

Na primeira categoria entram os delinquentes que, no momento do facto, succumbem a poderosas influencias exteriores. *As circumstancias exteriores que dão occasião ao delicto preponderam.* A inesperada miséria económica e os males que delia resultam para a família, um lucro attra-ctivo e uma occasião favorável (furto), a vergonha (infanti-

3<?

(*) *La sociologie crimmelle*, p. 98. Ver a exposição dessas classificações na *Nova Escola Penal* do Dr. Viveiros de Castro.

cidio), uma injúria cruel (homicídio da esposa adúltera), j a excitação proveniente do abuso do álcool, podem levar ao crime indivíduos até então honestos (criminalidade aguda).

Sem dúvida, a individualidade do agente deve torná-lo susceptível de uma influência exterior, pois somente quando essa relação existe é que tais causas podem provocar o crime. Mas a individualidade do delinquente de ocasião não se distingue essencialmente da da média dos homens.

« O crime — e é esta a circunstância decisiva — não se produz como consequência de uma tendência criminosa desenvolvida e arraigada. É um episódio na vida do agente. Apenas cometido, afigura-se-lhe como uma coisa estranha e inexplicável. Eis porque o delinquente se arrepende e na maior parte dos casos confessa. Eis porque também, às mais das vezes, elle dá a segurança de que o acto ficará isolado; com effeito, as mesmas circunstancias exteriores raramente se reproduzem. E ainda quando se reproduzissem, a lembrança do acto e de suas consequências daria ao delinquente solicitado de novo a força de resistir á sua tendência criminosa»⁽⁴⁸⁾.

O segundo grupo compõe-se dos delinquentes, *cuja individualidade*, pelo contrario, *prepondera sobre as circunstancias exteriores* (criminalidade chronica). Não é a ocasião que faz o ladrão, é o ladrão que cria e provoca a ocasião, as circunstancias exteriores, si ellas não se apresentam por si mesmas; e, dada uma ocasião externa fútil, «o crime resalta, digamos assim, da índole, das disposições arraigadas do delinquente e nos revela a sua natureza intima: rudeza brutal, crueldade destituída de toda sensibilidade, estúpido fanatismo, descuidosa leviandade, invencível repugnância ao trabalho, desregrada sensualidade levam o agente por numerosas phases de transição a situações indubitavelmente psychopathicas.»

Por isso mesmo o delinquente nada vê de estranho no acto que pratica; o que nelle vê é o mais profundo do seu eu e não se arrepende. Eis também porque devemos esperar a repetição do acto, caso a individualidade do delinquente não soara uma influencia que a mude (*).

Assim um desvio ocasional da ordem jurídica e a

(«) *AciesdudeuxibmeCongtls <VAnthrôpologie Criminèlle*, ps. 91-96.

(*) *Actos*, l. c.

revolta convertida em segunda natureza, uma perturbação passageira das representações que refreiam os máos impulsos com o consequente enfraquecimento da força de resistência contra tentações vindas de fora ou a tendência ao crime mais ou menos profundamente arraigada, são as duas linhas extremas entre as quaes se acham todas as gradações da natureza psychica do criminoso, tal como se manifesta no momento do facto e pelo facto mesmo.

A denominação — criminosos de ocasião — dada aos do primeiro grupo é equivocada e fora de melhor evital-a. Não é criminoso de ocasião quem furta, fere, attenta contra o pudor, insulta o adversário, falta ao cuidado que a profissão exige em qualquer ocasião ou na primeira que se lhe offerece. O autor a substituiria pela denominação — criminosos momentâneos (*Augenblicksverbrecher*).

Quanto á denominação dada aos delinquentes do segundo grupo, essa é falsa e induz em erro. O *penchant* *§au crime* liga-se estreitamente ao habito, mas não se confunde com elle. Sem duvida pode originar-se de uma repetição habitual do acto, mas pode existir no momento do primeiro commettimento e ainda antes d'elle. Em um e outro caso o crime é a expressão fiel, a imagem reflectida da individualidade. Assim os criminosos de profissão, os que exercem o crime como um officio que os alimenta muitas vezes melhor do que o trabalho honesto, nem sempre o fazem por um habito inveterado, e sim por uma opposição consciente á ordem jurídica, a qual tem origem na própria índole. A denominação apropriada aos delinquentes desta classe é a de delinquentes por natureza, por índole (*ZvManãverbrecher*).

Os delinquentes por natureza se subdistinguem em corrigíveis e incorrigíveis, conforme o seu estado fôr ou não susceptível de cura.

A profunda differença entre os delinquentes momentâneos e os delinquentes por natureza, resultado fecundo dos estudos da criminologia, é fundamental e deve ser utilizada pela legislação penal.

«Nesta classificação dos delinquentes, diz o autor, temos achado a base procurada para todo o systema da Politica criminal.

« Si a missão da Politica criminal é defender a ordem jurídica contra a criminalidade, a medida da pena deve ser determinada pela attitude do delinquente em face da ordem jurídica e consequentemente pelo seu character

[jurídico (ou mais exactamente *weial*), «o maior ou menor perigo que d'ahi resulta para o direito» (**).

O autor se colloca pois, quanto ao critério para ai medida da pena, sob a bandeira da escola italiana — *a tcmihiUtá* do delinquente.

Cumpre porém distinguir entre a *temibiltiá* subjectiva] e a *temibiltiá* objectiva, distincção que, comquanto o autor não tenha feito explicitamente, decorre de sua doutrina.

A pena que o juiz mede foi primeiramente fixada! pelo legislador. Aquelle tem de fazer *im concreto* a operação que este fizera *in abstracto*. O legislador estabelece para cada norma ou grupo de normas a sua sancção penal ; o ju'z decreta uma pena qualitativa e quantitativamente determinada para cada delicto dado.

A questão do critério para a medida da pena pede que consideremos os effeitos da pena, como coxuminação e como execução.

«Advertindo e intimidando, diz o antor, a comminação da pena acerescenta se aos preceitos imperativos e prohibitivoR da ordem jurídica. Ao cidadão de intenções rectas, ella mostra, sob a forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos ; aos homens dotados de sentimentos menos apurados ella põe em perspectiva, como consequência do acto injuridico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso ás tendências criminosas».

C*) *Diepsych/iologischen OrutuUagen der KriminttlpolUik*, Z., 4, 16.

O autor relaciona esta classificação dos criminosos com uma classificação psychologia dos crimes em oito grupos, tendo por base, não os motivos ou instinctos (base de ordinário preferida), mas *as qualidades psychiea»* *doa delinquentes*

Esta ultima classificação, o autor confessa, não se presta a ser immediatamente utilizada pela Política Crminal, já porque nenhuma das qualidades enumeradas conduz necessariamente ao crime, já por-j que cada grupo não é susceptível de uma única apreciação moral; pelo que não se pode determinar a medida da pena segundo a inclusão do facto em um cu outro dos grupos. Certo é porém que a qualidade do criminoso característica de cada grupo pode ser ou o resultado de circumstancias exteriores momentâneas e passageiras ou a expressão de um estado permanente.

3 f Toca á psychologia criminal dar-nos uma descripção completa da criminalidade, de que a classificação do autor é um simples ensaio. «A investigação biológica da criminalidade exige mais, diz o autor, ue se descubram as causas physiologicas das qualidades psychicas os criminosos. Mas essa investigação causal só pode ser tentada com bom resultado, quando pela psychologia descriptiva os factos a indagar forem coordenados e systematicamente expostos».

Si o fim da comminação penal é lançar n'alma dos que vaciUam entre o proceder honesto e o crime um determinante que refreie os máos impulsos, o critério do legislador não pode ser outro senão a *temibilitá* objectiva, e esta é dada pelo valor que a ordem jurídica liga ao bem lesado, o maior ou menor perigo que resulta do acto criminoso, a maior ou menor facilidade em pratical-o e outras circunstancias sociaes, em face das quaes calculará, segundo o seu juizo esclarecido pela experiência, o mal a infligir que possa servir do *motivo sensível* (Beccaria), *eontraspinta* (Bomagnosi) ou *coacção psy-chologica* (Feuerbach) contra a tendência criminosa, deixando ao juiz, já pela escolha das penas alternativas e facultativas e já pela largueza da escala penal, ensan-chas para medir a pena *in concreto*.

W porém na execução penal que a pena desenvolve toda a sua força peculiar. Vários são os seus effeitos e tanto mais valiosos quanto podem ser isolados ou combinados.

Além de actuar sobre os membros da conectividade em geral e sobre o offendido, a quem proporciona satisfação, restabelecendo a confiança no direito, actua especialmente sobre o delinquente mesmo.

Sob este ultimo ponto de vista, a pena pode ter por fim :

a) intimidar simplesmente o delinquente (prevenção especial), avigorando-lhe as representações enfraquecidas que refreiam os máos instinetos ;

b) emendal-o, com modificar-lhe o character ;

c) reduzil-o á inocuidade, segregando o da sociedade, quando se tenha tornado inútil pela sua incompatibilidade com a vida social.

De accordo com esta tríplice funeção, as penas se podem distinguir, segundo a classificação suggerida por Seuffert ^(M) e aceita pelo autor, em

a) penas de intimidação applicaveis aos delinquentes de occasião, como reprimenda, multa, prisão cellular ;

b) penas de correcção applicaveis aos delinquentes susceptíveis de emenda (casa de correcção, multas, penas concernentes a direitos cívicos);

c) penas de segurança applicaveis aos incorrigíveis

(6i) Ver as theses de Seuffert no *Bulletin de V Union interna-cional as Droit Penal*, 4, 6, p. 688. 35L

(deportação, prisão perpetua ou por tempo indeterminado) (").

JH

A sentença condicional, ou melhor a suspensão da execução sob a condição de que o condenado não commetta novo delicto dentro de um certo lapso de tempo é um meio de prevenção efficaz para os delinquentes de ocasião.

A sentença indeterminada, isto é, a não determinação da duração da prisão na sentença de condemnação para ser feita ulteriormente, depois de estudo e exame do character do delinquente, não podendo todavia a prisão ir) além do máximo estabelecido pela lei, tem applicação aos delinquentes por índole que forem corrigíveis.

Para os incorregíveis, pelo contrario, a sentença indeterminada será indefinida ; tão somente dever-se-ha repetir periodicamente a deliberação da autoridade incumbida da execução sobre saber si o réo pode ou não ser posto em liberdade.

Como se vê, todo o systema da execução penal, segundo as idéas do autor, assenta sobre a classificação dos delinquentes e é na *temibilitâ* subjectiva destes que o juiz encontra o critério para a medida da pena.

Gomo na pratica judiciaria se ba de distinguir, dentre os delinquentes por índole os corrigíveis dos incorrigíveis f *W* este o *punctum saliens*, a questão pratica de capital importancia que tem sido discutida nos congressos de anthropologia criminal.

Não havendo um só typo ou diversos typos do *homo aëlinquens*, não existindo relação directa entre atypias e tendências criminosas, não podendo o juiz percrustar o intimo do accusado de modo a descobrir todos os recessos de sua alma e verificar si sua anomalia psychica é ou não susceptível de cura, não pode haver para a pratica judiciaria outros incorrigíveis senão aqueUes que de facto

(•») *Die psychologischen Grundlagm der KriminalpalUik*; ver as actas do 5º congresso do grupo allemão no cit. *JimlUtím de l' Union*. _ O autor considera susceptíveis de emenda aqueUes cuja tendência criminosa em via de desenvolvimento e não completamente arraigada deriva do amor ao gozo e da repugnância ao trabalho, e portanto os criminosos que exploram o crime como profissão. Por emenda entende a educação para o trabalho regular e honesto.

Suscita a questão de saber si a sensualidade, a paixão, a irre-l flexão, a ambição, o fanatismo, etc, podem ser extirpados por alguns annos da prisão com trabalho ou casa de correcção, ou si somente podem ser paralysados pelo temor da pena.

não se tenham corrigido ^(M). Assim a reincidência vêm a ser o indício da incorrigibilidade. p|

Tal ê, com effeito, a opinião mais generalizada entre os criminalistas da escola positiva, entendendo uns que o legislador deve adoptar o systema da aggravação progressiva da pena á proporção que o individuo fizer prova de maior tenacidade (Prins), e outros que, depois de um [certo numero de reincidencias, a pena se torne perpetua ou indefinida (Alimena).

O illustre professor v. Hamel em um notável relatório apresentado no congresso de anthropologia criminal de Bruxellas admite, todavia, duas excepções á regra que faz depender a incorrigibilidade da reincidência : 1º quando a accumulção de muitos crimes graves em um certo lapso de tempo — sem que alguma pena tenha interrompido a serie — posta em relação com os pheno-menos anthropologicos do individuo, fornecer a prova de uma profissão criminosa, de um habito dinicil de extir-par-se ; 2º, quando mesmo por um só crime o delinquente manifesta uma perversidade monstruosa e excepcional.

« Em face dos incorrigíveis, pondera o emérito professor de Amsterdam, e sobretudo em face dos que offere-cem grandes perigos, o principio da pena determinada de antemão deve ser necessariamente abandonado» e substituído pelo da prisão por tempo indeterminado, « segundo as indicações da lei e nos casos por ella previstos.»

Nesses casos o condemnado, depois de soffrer a pena ordinária, será sujeito a uma nova deliberação da autoridade judiciaria que, tendo em conta tudo quanto puder lançar luz sobre a tendência criminosa do réo e o character do perigo de que elle ameaça a sociedade, e guiando-se pelas informações concernentes aos seus antecedentes, á sua ascendência, ao seu procedimento na prisão, etc.,

^(M) « Gli incorreggibili della pratica giudiziaria, diz Alimena, non sono gli incorreggibili della filosofia o della religione, perche gli incorreggibili della pratica sono, semplicemente, i delinquenti, che di fatto non sono corretti». *DeWImputabilità*, 1.º vol., p. 241.

No mesmo sentido o voto do Congresso penitenciário internacional de S. Petersburgo: «Sans admettre qu'au point de vue penal et pénitentiaire il y «it des criminels ou délinquents absolument incorrigibles, comme cependant l'expérience démontre qu'en fait il y a des individus qui se montrent rebelles à cette double action pénale et pénitentiaire, et reviennent, par habitude et comme par profession là enfeindre les lois de la société, le Congrès émet le vœu qu'il faudrait prendre des mesures spéciales contra ces individus. » 33

declarará si lhe é applicavel ou não o tratamento dos incorrigíveis. Si a decisão fôr neste sentido, a prisão continuará e uma nova deliberação terá logar periodicamente sobre poder ser ou não concedida ao réo a soltura condicional ^(M).

Na verdade, si o fim da pena é somente a protecção da ordem jurídica, e si a pena applicada não intimidou nem corrigio o criminoso, é consequente que a lei assegure aquella protecção, fazendo o delinquente inoffensivo com sujeital-o ao tratamento dos incorrigíveis.

Não se quer com isto dizer que o criminoso seja posto em liberdade, quando a soa *temibilità* cesse antes de cumprida a pena ordinária. A esta concessão se oppõe o effeito da pena como prevenção geral e se oppõe também aquella concepção popular da justiça, intuição com a qual «não se deve romper bruscamente.* Somentes depois de decorrer o tempo da condennação é que se faz sentir o effeito da sentença indeterminada, que consiste em poder ser o réo retido na prisão, emquanto a sua emenda não se operar.

O projecto do codigo penal norueguense abri o o caminho, adoptando a sentença indeterminada para os reincidentes de certos crimes graves especificados pela lei. Si o jury, á vista da reincidencia, julgar o accusado incorrigível, este poderá ser conservado na prisão, cumprida a pena ordinária, durante um prazo que não excederá ao triplo do tempo da condennação ^(N).

O autor do Tratado, porém, vae mais longe quanto ao indicio da incorrigibilidade. Ao seu ver, «pedem muito pouco os que querem a inocuidade do delinquente depois de reiteradas reincidencias ou ainda a inocuidade dos delinquentes habituaes e incorregiveis ». Não encontramos, todavia, nos seus escriptos explicitamente manifestada a sua opinião sobre o modo pratico de distinguir o corrigivel do incorrigível, sem erigir-se em principio o arbítrio judiciário e deixar a liberdade individual «abandonada sem amparo ao interesse geral».

Está, pois, *sub judice* a reforma a mais palpitante de interesse e de actualidade em materia de legislação penal. Era nenhum outro ponto o defeito da legislação

^(**) *Actes au deuxième congrès d'Anthropologie Criminelle*, pags. 56 a 64.

^(K) Proj-ão C. p. norueguense, art. 66 (*Biåletin de V Union i. de d. p.*, 1, 7).

actualmente em vigor na generalidade dos paizes cntos é tão sensível quanto no concernente a medidas de segurança contra os criminosos incorrigíveis. Si se deve aquilatar a excellência de um systema penal pela sua efficacia em prevenir a reincidencia, os codigos penaes modernos incorrem em severa censura.

Mostram as estatísticas desses paizes que as reincidencias vão em augmento quanto ao numero e á intensidade ; 50 % dos réos pelo menos reincidem. As prisões restituem periodicamente á sociedade os seus peiores elementos eivados dos mesmos vícios para outra vez recolhel-os apoz novos crimes. Nos que se *expiam* com pequenas penas de prisão, esse processo se repete dezenas de vezes com relação ao mesmo individuo. Ora, como bem diz v. Hamel, a pena não pode ser o preço pelo qual se compre o direito de perturbar a sociedade, deve ser sim a sancção das leis que prohibem seja ella perturbada.

Cumpre, por outro lado, não confundir a conde-mnação indeterminada e o tratamento especial dos incorrigíveis cora os meios eliminativos tão expeditos da escola lombrosiana. A pena de morte liberalisada, a deportação com abandono em alguma região deserta ou habitada por selvagens são soluções radicaes que correm [o risco de ir além do fim.

<f Que é a obra penitenciaria, pergunta Isidore Maus, sem a emenda dos delinquentes ? Emendar e repor na sociedade aquelles que parecem ser os seus eternos parasitas, eis o que faz a sua grandeza e o seu alto alcance. E querer-se-hia renunciar a este escopo no concernente aos reincidentes que fazem mais da metade do numero dos condemnados! Seria o suicídio da siencia penitenciaria ! » ^(M)

No direito civil também se trata, como no direito penal, da vontade, de motivos, de delictos e penas. Por que razão — tem-se perguntado — o civilista não suscita o problema da liberdade humana nem discuto as bases da responsabilidade individual, ao passo que estas questões são debatidas, como obrigadas, nos tratados de direito penal f ^

(•*) *Aeien du deuxième Congris tfAnthropologie OriminelU*, relatório a p. 186.

W que, "explica o D&W&Balo w, Wdireito penal temi um objecto muito mais circumscripto do que o do direito civil. Não bastando para occupar a actividade do criminalista o estudo do direito penal positivo, elle alarga campo de suas cogitações, propondo-se questões philosophicas e discutindo os primeiros postulados de sua sciencia (").

Não sabemos si esta explicação é apenas um remoque; aos criminalistas philosophos. Si ella é dada seriamente, não a temos por satisfactoria.

Em materia penal o direito « corta na sua própria carne », lesa os mesmos interesses — a vida, a liberdade, a honra, o patrimonio — para cuja protecção o direito em geral existe. Ao acto delictuoso liga-se, como consequência, um mal, que é a offensa de bens jurídicos do delinquent. E', pois, neste ramo do direito que se apura a responsabilidade individual em face do Estado em toda a sua extensão e intensidade, de sorte que uma theoria do direito penal não é possível, sem que se estabeleça o fundamento do direito de punir, as condições do seu exercício, os requisitos da responsabilidade criminal, os fins, os géneros e a medida da pena. "J

Não era natural, ou melhor, não era inevitável que o criminalista, estabelecendo as bases do systema penal, se pronunciasse pró ou contra o livre arbítrio, attenta a associação tradicional entre esta idéa e a da responsabilidade moral? No direito civil a questão não tem a mesma importancia, porque ahi a pena occupa um lugar inteiramente secundário, o que domina é o principio da reparação material do dano e aos civilistas não repugna admittir que a responsabilidade civil possa existir mesmo sem culpa (M).

Seja como for, certo é que para os criminalistas defensores do livre arbítrio o debate tomou um novo interesse, depois que, sob a influencia das sciencias naturaes, uma nova concepção do homem e do universo] Penetrou na philosophia delias oriunda*.

O transformismo e o evolucionismo excluíram a hypo-these do *creacionismo*, e collocaram o homem, considerado |

(M) Z., 4, 1(5, p. 582.(

(") Si se admittir porém, como deve-se admittir, que a obrigação de reparar o dano no stippõe culpa, esta ultima idéa tem tanta importancia no direito civil quanto no criminal. Já assim era no direito romano, como demonstrou v. Ihering (*Das Schuldvermment im röm. Priuatr.*)

simplesmente como o ultimo elo da cadeia dos seres 'vivos, nos quadros das especies zoológicas, privando-o I das faculdades mysteriosas que na primeira metade deste século lhe eram attribuidas e que, por uma solução de continuidade, o separavam de todo o mundo animal. O livre arbitrio é a cidadela da concepção anthropo-centrica e por isso os criminalistas que não se emanciparam completamente dessa concepção não podiam deixar de dar combate em defeza do livre arbitrio no terreno pratico do | direito penal.

E' o que fazem os mais notáveis criminalistas da escola clássica allemã: Birckmeyer, Berner, Meyer, Eú-melin, Binding, Hälschner vêm abalado em seus /andamentos todo o edificio do direito penal com a queda do livre arbitrio e vibram em sua defesa as suas melhores armas.

* Ao envez — Ferri nos adverte — « *cardinale principio delPordine morale, che vi ene stabilito delia nuova dot-trina, é la negazione dei libero arbitrio* » ^(w). Com effeito, a nova doutrina é experimental, funda-se nos dados das sciencias positivas. Não ha sciencia sem experiência, nem ha experiência onde não impera a lei da causalidade. O determinismo é pois o primeiro postulado da escola positiva do direito penal.

A these determinística está comprehendida nesta fórmula dada por Hobbes : *libertas rum est volenãi, sed quce vólumus facienãi*. Não temos a liberdade de querer, mas temos a liberdade de fazer o que queremos.

O indeterminismo, pelo contrario, affirma que o homem tem a faculdade de determinar-se sem motivo ou de escolher indifferentemente entre os motivos que o im-pellem a agir. A sua concepção não é psychologica, mas methaphysica: a vontade, isto é, uma idéa abstracta realisada como poder independente, vem a ser um *ens a se*, nma causa inicial sem causa, e portanto uma força que se desenvolve fora de todo nexo causal e de toda relatividade humana, o *absoluto* no infinitamente pequeno e no infinitamente condicionado!

A these determinística é antes de tudo uma applicação aos actos voluntários da lei da causalidade, a qual tem sido reconhecida valida em todo o universo até onde alcança a nossa experiência. Si a regra na natureza é a uniformidade, delia não se podem exceptuar as acções

| $J_{\pm\sim}$

^(w) *La theoria deWimputabilità e la negazione dei libero arbitrio.*

humanas, sem a prova experimental de que toas acções não têm causas.

Ora, até o presente o exame psychologicoo doas actos voluntários, longe de restringir, confirma a applicação da regra ao mundo moral. A analyse do phenomeno da volição feita pelos cultores da psychologia experimental, osj Bains, os Wundts, os Bibots, mostra que a nossa vontade é a nossa actividade dirigida conscientemente para uma certa direcção, sob a influencia que os motivos exercem em um momento dado sobre o nosso eu. Si nm só motivo] nos solicita a agir na ausência de todo motivo em contrario, a volição segue-se immediatamente; si concorrem diversos motivos que se contrabalançam, o conflicto cessa pelo predomínio de nm dellese esse determina a volição. «A hesitação que precede a volição, diz Wnndt, mostra somente que em casos numerosos a vontade se acha sob a acção simultânea de muitas causas psychologicas que se esforçam por attrahil-a para diversas direcções; si essas causas não actuassem sobre a vontade, ama hesitação não se poderia produzir; e si a vontade cede finalmente a uma cansa, isto prova que essa causa exerceu o effeito o mais enérgico» (•). «Vários motivos, confirma Bain — sejam prazeres ou dores presentes* ou em perspectiva—concorreram para impellir-nos a agir; o resultado do conflicto mostra que um grupo de motivos é mais forte do que o outro, e eis ahi todo o facto da escolha» (").

Donde se conclne com Stnart Mill que as nossas volições são effeitos moraes que seguem as suas causas moraes de um modo tão certo e invariável quanto os effeitos psychicos seguem as suas causas physicas (").

Sem essa lei da uniformidade o character individual seria inexplicável; pois o character suppõe disposições, tendências innatas ou adquiridas, um certo modo de pensar e de sentir e por consequência a persistência e a regularidade da influencia que os motivos exercem sobre esse conjuncto de causas psychologicas. O character é, j, como se tem dito, a personalidade psychica e moral do individuo. Cada qual pode predizer as suas acções, quando

(*°) *Grundzüge der physiol. Psychologie*, vol. 2?, cap. 20, v. (•')
Emotions and Will, p. 488.

(*) _O indeterminismo funda-se igualmente sobre a bypothese de uma criação ou destruição de força, e portanto também vae de encontro a uma outra lei universal, a da conservação e transformação das] forças.

couhece o seu character, e nas relações sociaes é somente pelo conhecimento que temos do passado dos outros que podemos prever a conducta alheia no futuro ou em um momento dado. «In practice human conduct is assumed as *unifor*: free will a metaphysical puzzle» (Bain).

Não pareça fora de propósito lembrar aqui como esse *metaphysical puzzle* se introduziu na philosophia. Foi isto devido a preocupações religiosas: o livre arbítrio veio como solução de um problema theológico.

Dois pontos eram dados na theologia christã. Deus creou o homem e por isso o homem devia ser originariamente bom. Por outro lado não é menos certo — a redempção o supõe — que o homem é por sua natureza má. Ora, o mal não podia vir ao mundo por Deus seu creador. Não veio de fora, porque fora de Deus e do mundo nada ha. Logo só podia ter vindo pela creatura mesma. Mas como pôde a creatura ser diversa do que foi feita pelo seu creador? E aqui está o ponto em que a liberdade metaphysica da vontade se apresenta como solução. Deus deu ao homem vontade livre, para que elle por si mesmo se decidisse pelo bem, pois não ha moralidade sem livre resolução, e o homem se decidiu pelo mal; Adão peccou. Assim o mal veio ao mundo, não por Deus, mas pelo homem, postoque com o consentimento de Deus (°°)-

Não apuraremos si mesmo no ponto de vista theológico esta solução é satisfactoria e resolve a difficuldade; p. Agostinho, Luthero e tantos outros doutores em theologia entenderam que não pelo facto de seguirem o determinismo. Certo é porém que a difficuldade surge de outro lado. Como conciliaes o livre arbítrio com a presciência divina? A conciliação é impossível! « Tenons donc, recom-menda Bossuét, ces deux vérités (a presciência divina e o livre arbítrio) pour indubitables, sans en pouvoir jamais être détermines par la peine que nous aurons à lesconcilier ensemble...» (M)

O indeterminismo apresenta-se sob duas formas. O indeterminismo absoluto é a liberdade de querer independentemente de todas as condições internas e externas, tendo o seu unico fundamento no poder da vontade. E' o

9<

(•») "Ver Paulsen, *System der Ethik*, 1.º vol., pag. 413. (•*)
Traité du libre arbitre.

liberum arbitrium inãiferentite dos cartesianos, que Fénélon tão bem expressa neste trecho frisante:

«Quand je veux une chose, je suis maitre de ne la vouloir pas. Je sais que j'ai uu vouloir à deus tranchants qui peut se tourner à son choix vers le oui ou le non. Je ne connais point d'autre raison de mon vouloir que mon vouloir même. Eien n'est tant en ma puissance que de vouloir ou de ne pas vouloir. Les objecte peuvent me solliciter à les vouloir ; les raisons de vouloir peuvent se présenter à moi avec ce qu'elles ont de plus vif et de plus touchant. Le premier être (Dieu) peut aussi m'at-tirer par ses plus persuasives inspirations, je demeure le maitre de ma volonté pour vouloir ou ne vouloir pas » (").

Este poder misterioso, que «vem do nada, que não têm começo, que não segue regras, que não attende ã tempo ou a ocasião,» poder absoluto e caprichoso que, si existisse, introduziria o cahos e a anarchia na vida individual como na vida social, tornaria impossível a estatística moral como a historia das nações, está em diametral opposição aos factos, é muito repugnante para ser admittido. Kant, Schelling, Schopenhauer o relegaram para o mundo dos *noumenons*, das *comas em si*, ao passo que no mundo dos *phenomenos* a vontade é deter* minada, opera segundo as leis do seu ser. *Operori segui-tur esse*.

Fode-se considerar de facto abandonado o indeterminismo absoluto pelos criminalistas defensores do livre arbitrio; o que elles seguem é um indeterminismo *relativo*, : attenuado e por assim dizer ecclético.

Eis como Birkmeyer nos explica essa forma attenuada do indeterminismo: «a actividade oriunda da livre vontade não soffre causa, da qual ella mesma proceda, mas *soffre condições, sem cuja existência ella não se produziria...* Essas condições são sempre produzidas em nós por outras forças, e também podem selo por outros homens (instigação). Em *causas da vontade*, isto é, em motivos, ellas só se podem converter por nós mesmos, pela própria força da nossa vontade. *86 a vontade pode ser causa de si mesma (verursachen kann dcn Willen nur er seWsf)* » (").

(«) *Sur l'existence de Dieu*, citado por L. Traeger.

(«) *Ueber Ursachenbegriff und Kauealzusammenhano im S Straf-Qenchtssaal*, v, 87.

Por outros termos, não são os motivos que determinam, a vontade a agir, mas é a vontade que se deter-i mina a si mesma em vista dos motivos. E' o mesmo pensamento de Reid, quando diz que a determinação é acto do homem e não dos motivos.

Basta o seguinte dilemma .para mostrar quando essa í concepção é falsa. A vontade, decidindo se pelo motivo A ; ou pelo motivo B, ou fal-o por algum motivo ou falo | sem motivo algum. No primeiro caso, cahimos no determinismo ; no segundo caso, cahimos no indeterminismo I absoluto, no *liberum arbitrium inãiffer&ntim*.

Na verdade entre o determinismo e o indeterminismo não pode haver compromisso ou meio termo, como não I o pode haver entre a verdade e o erro, o ser eo não ser. Traeger assignala por esta imagem a insignificante diffe- i rença entre as duas formas apparentes do indeterminismo :

«Segundo o indeterminismo absoluto, a vontade seria igual a uma balança, cujas conchas vãs poderiam por si mesmas subir ou descer. Segundo o indeterminismo relativo, as conchas estariam na verdade carregadas de 'idéas e sentimentos, mas a balança teria em si mesma [a força de elevar a concha mais pezada e de abaixar a menos pezada. Uma cousa tão inconcebível quanto a outra! » (C¹)

Entretanto o indeterminismo suppõe ter a seu favor uma prova que dispensa todas as outras, — o testemunho da nossa consciencia, o sentimento da nossa liberdade. « Não ha facto mais certo do que este, diz Riimelin, temos o sentimento da nossa liberdade de escolha e cremos ser livres. Nem durante o acto nem depois delle temos a sensação de uma necessidade... Também o determinista vê se forçado a reconhecer o facto e não sabe como tirar-se da difficuldade senão explicando esse sentimento por uma illusão» (M).

Certo, não podemos recusar o testemunho da nossa consciencia sem destruir a base de toda certeza. Mas será verdade que a consciencia nos dê o seu testemunho de podermos no mesmo momento formar volições diversas? Não! Nisto é que está a illusão...

A consciencia nos diz o que nós pensamos, sentimos e queremos; nos dá noticia do que se passa actualmente em nós, annuncia um estado do animo, mas não as causas

(OT) Wille, *Determinismus, Strafe*, pag. 67.

(fi⁸) *Reden und Aufsätze*, 1881.

que o determinaram nem pode prophetisar o que queriríamos, si em um momento dado não tivéssemos tomado a resolução que tomámos. Esta supposição é uma inferência que tiramos da diversidade das nossas volições. Como podemos aborrecer hoje o que hontem desejávamos ou vice-versa; como muitas vezes temos mudado de resolução,¹ concluimos que em um momento dado podemos querer coisa diversa do que quizemos. Essa inferência pode ser verdadeira ou falsa, mas não é um testemunho da nossa consciencia.

Ora, essa inferência é falsa, pois si no mesmo momento pudéssemos querer o que não quizemos, poderíamos querer, como pondera Schopenhauer, cousas entre si contrarias, o sim e o não simultaneamente. {'- O sentimento da liberdade, para o qual appellaes, é o do commum dos homens que nunca o submeteram a uma analyse. Perguntae a qualquer pessoa do povo si se sente livre, responderá: certamente o sou, pois que posso ir para a direita ou para a esquerda, sentar-me ou estar; em pé, conforme fôr a minha vontade. Essa liberdade de fazer o que se quer, o determinista não a contesta, antes a affirma. Si o sentimento da liberdade da pessoa interrogada vae mais longe, si ella pensa que no mesmo momento pode tomar resoluções diversas, é somente por aquella inferência, cujo absurdo fica demonstrado. Esse sentimento confuso, não analysado da liberdade de querer nenhum apoio traz á hypothese do indeterminismo.

Não nos sentimos necessitados a querer o que quizemos ! Como poderíamos sentir-nos necessitados, si os motivos não são forças estranhas, vindas de fora, mas forças psychicas que se desenvolvem no nosso intimo, fazem I parte dos nossos estados de consciencia, de modo que o mesmo eu é o objecto do impulso e o sujeito da volição? Podemos ter, é certo, consciencia da hesitação da nossa vontade em razão do conflicto de motivos, conflicto muitas vezes prolongado, angustioso, dilacerante. Desde que o conflicto cessa pelo predomínio de um grupo de motivos, a volição vem necessariamente como uma resultante ("), e não pudemos ter o sentimento dessa necessidade, pois que ella é determinada pelas leis internas do nosso próprio ser, e não por uma *coacção externa* (¹⁰).

(•) « I* j^e veux constate une situation, mais ne la constituo pas ». Pt, *Les maladies de la volonté*.

(*>) Também não temos o sentimento da necessidade das nossas mentaes. « O nosso pensamento nos parece livre, diz Wundt, não

A falta do sentimento da determinação da nossa vontade é tanto menos probante quanto o menino, o louco, o hallucinado estão também convencidos de falar e tratar com plena liberdade ; o individuo que em estado de vigília obedece á suggestão recebida durante o somno hypnotico supõe agir espontaneamente e explica o seu acto por motivos que nada têm de commum com a causa real e inconsciente. «D'ahi, diz Maudsley, pode se tirar a notável conclusão de que os homens consideram-se tanto mais livres quanto mais escravos são... Ninguém se considera mais livre do que o louco. Donde vem esta falsa suposição? Vem de que a consciencia somente revela a situação momentânea do animo, e não a longa serie de causas de que ella depende ».

Por ultimo o indeterminismo pleitea com pouca dignidade a sua causa, lançando contra a doutrina contraria a pecha de fatalismo. « Segundo as premissas do determinismo, exclama Binding, não ha delicto porque não ha mais transgressão da lei! Tudo o que acontece é pelo contrario igualmente necessário, portanto egualmente regular, portanto indifferente. Tudo é invariavelmente dominado pela vontade de Deus ou pela lei da causalidade: aquella vontade e esta lei excluem toda possibilidade de uma transgressão; pois a lei do Estado só pode ser effectiva pela vontade divina ou pela lei da causalidade ; é uma supposição absurda que o homem tenha a capacidade de subtrahir-se a estes dois dominadores e de obedecer á norma!... » (").

Esta tirada mostra o completo desconhecimento da doutrina que se impugna, aliás luminosamente defendida sob este ponto de vista, como sob todos os outros, por Stuart Mill na sua polemica contra Hamilton.

Elle fez ver que o determinismo nada tem de commum com o fatalismo nem na sua forma pura, o asiático, o de (Édipo obrigado a agir contra a sua vontade em virtude de um poder superior ou um destino abstracto, como fora predestinado a fazê-lo, nem na sua forma attenuada,

porque não siga lei alguma, mas porque é determinado por essas especies de leis que residem dentro de nós. Entretanto essas leis são precisamente as mais obrigatórias que existem para nós, e delias sábio a idéa de causalidade, segundo a qual consideramos como completamente determinado o curso da natureza exterior ». *Grundzüge der physiol. Pmjciologie*, 2º vol., cap. 20, 2.

(«j *Normen*, vol. 2º, p. 82. ~&

segundo a qual somos responsáveis do nosso character e em vão o tentaríamos mudar.

« A verdadeira doutrina da causação das acções humanas sustenta, em contrario a estes dois systemas, que não somente a nossa conducta, mas o nosso character depende em parte da nossa vontade; que, empregando os meios convenientes, podemos aperfeiçoar o nosso character, e que si este é tal que, permanecendo o que é, nos necessita ao mal, será justo pôr por obra motivos que nos necessitarão a fazer esforços para aperfeiçoar mol-o e nos libertarmos assim da outra necessidade : por outros termos, *somos moralmente obrigados a trabalhar pelo aperfeiçoamento do nosso character*» (").

Assim como educa-se o corpo, educa-se o espirito. O homem pôde ordenar a sua vida segundo fins ideaes, subordinando os seus appetites aos sentimentos superiores e os mais elevados do seu ser; para isto, basta saber utilisar-se da lei da causalidade, como d'ella se utiliza para a prosecução de um fim qualquer, mediante emprego dos meios adequados. O habito pôde dar-lhe uma segunda natureza.

Não mostra a historia da génese da consciencia moral que ella se formou por um processo de accentuado character determinístico /

E si assim é, fica assignalada a differença essencial entre o determinismo, que apenas affirma ser a vontade determinável por motivos, e o fatalismo que exclue toda resistência ou reacção contra as influencias a que obedecem as acções humanas.

O indeterminismo está muito mais perto do fatalismo do que a doutrina da causação. Si tivéssemos recebido o dom fatal do livre arbítrio, embalde fortaleceríamos os bons motivos e enfraqueceríamos os máos; no momento decisivo, no acto de formarmos a nossa volição, surgiria do nada o livre arbítrio, como um poder impessoal e soberano, para impellir-nos caprichosa ou indifferentemente, sem causa, sem motivo, em sentido opposto á lei do dever. «Seríamos levados, exclama Bain, por um poder, ao qual não poderíamos tomar contas, que não saberíamos como conciliar ou moderar; fado inexcrustavel que realisaria resultados peiores dos que jamais foram attribuidos ás mais rigorosas doutrinas do determinista ou do i

(") *La Philosophie de Hamilton*, p. 571.

fatalista» ^(7a). Não poder-se-hia então comparar o homem a um barco lançado ás ondas sem piloto, sem leme e sem roteiro 1

Não é pois sobre a duvidosa base de uma liderdade nietaphysica que se ha de assentar a theoria da culpa e da responsabilidade criminal; a base procurada só pôde ser encontrada na capacidade que o homem tem de resol-ver-se autonomicamente por motivos. Culpado é todo aquelle e somente aquelle que pratica um acto injusto Ivoluntariamente, prevendo ou podendo e devendo prever o resultado, supposto o jogo regular de suas fmicções psychicas. A idéa de culpa só envolve as de voluntariedade e previsão e não a de livre arbitrio ⁽⁷ⁱ⁾.

Completando a enunciação de suas idéas sobre os pontos capitães da philosophia do direito penal, diz com razão o autor do Tratado:

« Comquanto a disputa philosophica sobre uma liberdade psychologica que fica além dos limites da experiência, tão pouco possa abalar as bases do direito penal, quanto as de qualquer outro ramo do direito, qualquer que deva ser a solução da controvérsia, é, todavia, certo que só a theoria da culpa que assenta sobre a intuição rigorosamente determinista pôde, de um lado, assegurar á legislação penal uma estabilidade inabalável e um desenvolvimento tranquillo e, de outro lado, impedir que idéas confusas, tomadas já ao direito e já á moral, lancem a obscuridade na sciencia. Emquanto a capacidade de determinar-se que incontestavelmente possui o homem

^(7S) *The Emotiona and the Will*, p. 600.

^(M) Só o acto voluntário é que decorre do nosso ser, revela a nossa natureza intima e dá a medida de nossa moralidade, por isso que *a vontade se determina por motivos*. Consequentemente o acto do ser racional o sensível, que é *causa voluntária* de um resultado injusto, é culposo e só tal acto pôde sel-o. Ao envez, os actos de um ser dotado de livre arbitrio, ou, o que vem a ser o mesmo, indifferente, não teriam valor moral. « E' impossível comprehender, confessava Hamilton, como uma causa não determinada por um motivo, pôde ser racional, moral e responsável. » Si se aprofundar a idéa da culpa, segundo o indeterminismo, que em ultima analyse é a doutrina do §easuali8mo, ver-se-ha quanto é falsa a ligação de idéas entre o livre arbitrio e a responsabilidade moral, aliás aceita por muitos d'entre os positivistas e entre nós pelo Dr. João Vieira no seu commentario ao Cod. Crim. Brasileiro, 1889.

Ver a excellente monographia do Dr.Traeger, *Wille, Determinismw, Stra/e*, Berlim, 1895. }*f

normal não poder ser contestada, a possibilidade de de-terminar o delinquente por meio da pena ficará subtra-1 hida ao couflicto das opiniões, a responsabilidade pelei resultado, a culpa, terá uma base firme e inatacável e <T direito penal desenvincilharse-ha da idéa de retribuiç&ej que, sem a hypothese do livre arbítrio, não pôde niais subsistir, pois cae com o «deves, logo podes».

Bio DE JANEIRO, Dezembro, 1898.

J. H. D. P.1

INTRODUÇÃO

§ 1.º — Conceito do direito penal e objecto do tratado

I. — O *direito penal* é o conjuncto das pre-cripções emanadas do Estado que ligam ao crime como facto a pena como consequência (*).

Como facto peculiar ao direito penal, o *crime* constitue uma espécie particular do injusto (*delicto*), isto é, da acção culposa e ilegal (§ 25); e como

(¹) Direito penal no sentido objectivo, também chamado *direito criminal*. Neste sentido Engelhard empregou pela primeira vez a expressão *direito penal* em 1756; cons. Franck, *Die Wolffache Strof-rechtsphilosophie*, 1887, p. 22. No sentido subjectivo direito penal quer dizer *direito de punir*, *jus puniendi*. Cumpre notar que de um direito penal do Estado no sentido subjectivo só se pode falar sob o presupposto de que o poder de punir do Estado, em si illimitado e isento da tutela do direito, impoz-se prudente limitação com determinar a condição e o objecto do seu exercício (o crime e a pena). Assim como, em geral, «o direito é a politica do poder» (von Ihering, *Zweck im Recht*, 1.º, p. 249 da 2.ª ed.), o direito publico de punir é o poder publico de punir *juridicamente limitado*. Ora essa limitação é dada pelo direito penal no sentido objectivo; e pois trata-se apenas de dois aspectos da mesma idéa — o direito penal no sentido objectivo e no sentido subjectivo significa em ultima analyse a mesma cousa.

effeito especial ao direito penal, a *pena* distingue-se dos outros effeitos jurídicos do injusto em ser um mal que o Estado inflige ao culpado (§ 58). O crime e a pena são, pois, as duas ideias fundamentais do direito penal.

D'ahi resulta que este é o objecto immediato do direito penal: tratar com methodo technico-juridico, baseando-se na legislação, os crimes e as penas como generalisações ideias; desenvolver, elevando-se até aos princípios fundamentais e ás ideias ultimas, as disposições da lei de modo a formar um systema¹ completo; expor na parte geral do systema a ideia do crime e a da pena em geral, e na parte especial os crimes e as penas que contra elles a lei tem comminado.

Como sciencia eminentemente *pratica*, a trabalhar incessantemente a bem das necessidades da administração da justiça e delia recebendo sempre a força que vivifica, o direito penal é, e deve ser, a sciencia propriamente *sistemática*; pois somente a disposição dos conhecimentos em systema torna possível sujeitar ao imperio dos princípios todas as particularidades, e sem esse prompto e seguro imperio a applicação do direito, abandonada ao arbítrio, ao azar, não passará de mero «dilettantismo».

O presente tratado limitar-se-ha a expor o *direito penal que vigora no Imperio da AUermanha*. Em regra não tomará em consideração o direito penal dos Estados que fazem parte da Federação allemã, nem o direito penal dos paizes estrangeiros. Com a *historia do direito penal* occupar-se-ha somente quanto fôr necessário para a intelligencia do direito vigente no seu desenvolvimento como direito historico. O primeiro capitulo da Introducção será consagrado á exposição histórica.

II- — O reconhecimento de que a pena é um dos *meios á disposição do Estado na luta contra o crimel*

nos leva além dos limites do direito vigente, e suscita a questão do fundamento jurídico e dos fins do poder de punir que ao Estado pertence, bem como a da origem e natureza do crime. A solução científica de tais questões é objecto da *Politica Criminal*. A esta sciencia incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o direito á luz de considerações tiradas dos fins a que elle se dirige e applicar-o em casos singulares de conformidade com esses fins. Por isso mesmo os princípios directores da *Politica Criminal* não podem, bem como a historia do direito penal, fazer objecto d'este tratado, mas, como a historia, devem ser reservados para a introdução, cujo segundo capitulo dedicaremos a esta materia.

III. — A doutrina concernente ás fontes do direito penal e á effeacia da lei penal assenta no essencial sobre princípios que não pertencem ao direito penal, mas ao direito publico e ao internacional. Não entra pois no systema do direito penal e deve ser também incluída na respectiva introdução. Das fontes e da effeacia do direito penal tratará o terceiro capitulo da Introdução⁽²⁾.

CAPITULO I *Historia do*

direito penal

LITTEBATUBA. Falta uma historia completa do direito penal. A melhor continua a ser o tratado de Geib; acrescente-se o tratado de v. Bar, 1º vol. Preciosas

(2) A doutrina em questão tem sido ás mais das vezes tratada como parte do systema. Assim fazem Binding, Geyer, Merkel, Meyer, Birkmeyer, van Hamel e outros. §

contribuições offerece Gunther, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte unã Philosophie des Strafrechts*, 19, 1889, 29, 1891; Pertile, *Storia dei diritto penale*, 1892 (Z. 149, p. 236).— São interessantes os estudos de v. Loning (Z. 2, p. 134, 3, p. 471, 5, p. 187, 534, 7, p. 650), e v. Gunther (Z. 11?, p. 126, 129, p. 594, 149, p. 100.)

§ 2. — Introduccão â historia geral

LITTERATUEA. v. Liszt, Z, 3, p. 1?. Merkel, p. 199. — Merkel, *Ueber den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts unã der Gesamtentwicklung der öffentlichen Zustånãe unã des geistigen Lebens der Völker*, 1889. Loning, *Ueber ãie Begründung des Strafrechts*, 1889. Liepmann, *Die Entstehung des Schuldbegriffs* (diss., 1891).— Post, *Bausteine für eine allgemeine Bechtswissenschaft auf§ vergleichend ethnologischer Basis*, 1880, 1881. O mesmo, *Die Grunãlagen des Rechts unã die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, «Guia para a construcão de uma sciencia geral do direito sobre base sociológica», 1884. O mesmo, *Ueber ãie Aufgaben einer allgemeinen Bechtswissenschaft*, 1891 (ahi encontram-se á pag. 93, nota 1?, indicações litterarias). O mesmo, *Grunãriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 19, 1894. — Numerosas monographias de Köhler, Bernhöft e outros na « *Zeitschr. für vergleichende Bechtswissenschaft* ». — Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des rômischen Rechts*, 1888. Leist, *Grãleo-italische Bechtsge-schichte*, 1884. O mesmo, *AU-arisches Jus gentium* 1889. Schrader, *Sprachvergleichung unã Vrgeschichte*, 2? ed., 1890 (frequentemente contra Leist). — Miklosich, *Die Blutrache bei den Slaven*, 1887. Wesnitsch, *Die Blutrache bei den Sudslaven*; Eevista da sciencia do direito comparado, vol. 89 e 99. — Foinitzky, *Die Lehre von der Strafe*, 1889 (Z. 109, p. 447). — Cons. Gunther, Z, 129, p. 594.

I- — A historia do desenvolvimento da pena entre os povos os mais diversos apresenta traços communs. O estudo comparado é pois adequado a preencher as lacunas e a aclarar as obscuridades da historia do direito de um povo dado.

Além d'isto, como mostra-nos o caminho que em toda parte e em todos os tempos a pena se-l

§ guira em sua evolução, poderá indicar-nos também a direcção em que é dado esperar no futuro uma [reforma eficaz da legislação penal, e destfarte ser To guia e o conselheiro de uma politica criminal, que tenha consciencia do seu fim e saiba ao mesmo tempo prender-se prudente e avisadamente ao passado.

II. — Ensina-nos o direito comparado que o ponto de partida da historia da pena coincide com o ponto de partida da historia da humanidade. Em todas as epochas ainda as mais remotas, accessiveis á indagação histórica, em todas as raças ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como *mcãum passionis quod infligitur propter malum §actionis*, como uma invasão na esphera do poder e da vontade do individuo, que perturbou e porque perturbou a esphera do poder e da vontade de ou trem. Podemos pois assignalar a pena como um facto historico primitivo, e não erraremos, si virmos justamente no direito penal a primeira e a mais velha camada da historia da evolução do direito, e considerarmos o injusto como a alavanca tanto do direito como da moral.

1 Nas sociedades de *estructura familiar* que pre cederam a fundação do Estado (communities que têm o sangue por base) ^(a) encontramos duas especies de pena, ambas igualmente primitivas ^(x):

1l.º a punição do *membro da tribu* que na sua inti-

(^a) Cons. também Kulischer, *Der Dualismus der Ethik bei den primitivem Völkern*. Revista de Etimologia, 1885, p. 205.

(^a) O autor e os sociólogos allemães empregam as expressões *Stammesverbände* e *Qeachlechtsverbände* para designar os aggregados Eociaes (horda, *gens*, tribu), cuja base é, como diz Fost, biológica, isto é, aggregados que repousam sobre a comunidade do sangue e as relações de parentesco, e que se contrapõem ao *Estado* considerado como Sociedade politica sobre base territorial. N. do trad. ty2

midade se fez culpado para com ella ou para confl os companheiros; 2⁹ a punição do *estranho* que veio de fora invadir o circulo do poder e da vontade da sociedade ou de algum dos seus membros. No pri-j meiro caso a pena nos apparece principalmente como *privação da paz social* sob todas as suas diversas formas, como proscricção ^(b).

No segundo caso apparece-nos principalmente como luta contra o estrangeiro e toda a sua raça, • como vindicta ou *vingança do sangue fblutrachej*, exercida de tribu á tribu até que succumba uma

^(b) Segundo o antigo direito germânico e especialmente segundo o antigo direito scandinavo, onde encontra-se a *privação da paz* largamente applicada, o proscripto é eliminado da communhão da paz e do direito. A ordem jurídica não existe para elle. E' o *ex lex*, o *utlah*§ do direito saxonio, o *êxul et prqfugus* da lei salica. Si a *faida* (*felide*) é a inimisade da parentela autorizada a exercer a vindicta, a privação da paz é a inimisade de todo o povo. Cada um não só pode coma deve perseguil-o. Si o matam, o matador fica a salvo de multa. Quem o mata, obra em nome e no interesse da collectividade, cuja vontade executa. Ninguém pode abrigai-o, alimentar-o, soccorrel-o. Este preceito prevalecia também em relação á mulher e aos parentes. A pri* vação da paz dissolvia tanto o parentesco como o vinculo conjugal. A mulher tornava-se viuva, os filhos eram considerados como orphãos. A pena não affectava somente a pessoa, mas também o patrimonio. Os bens do proscripto eram confiscados em proveito do rei ou da collectividade, ou repartidos entre ambos. O proscripto não podia «habi-tare inter homines». Para escapar á morte devia fugir, si lhe era dado fugir. Tinha por pátria a floresta; é o *waldgànger*, o «homo qui per silvas vadit». A expressão commum com que o designavam era *vare, warg, § wargus*, o que significa *wúrger*, o lobo. O proscripto «gerit caput lupinum». Com isto queria-se significar que, como o lobo, elle era o inimigo de todos e podia ser impunemente -morto por qualquer (ver BrunnerJ 1.º, 166).— Nos foraes portuguezes dos séculos 12 e 18 encontram-se vestígios da pena da proscricção. A crendice do *lobis-homem* vulga-risada no baixo povo lembra o *wargus* comparado ao lobo nocturno. T. Braga, *Foraes*, p. 62. N. do trad.

das partes contendoras ou a luta cesse por esgotamento das forças de ambas. Em um e outro caso a pena revela traços acoentadamente religiosos (caracter sacro); como a paz está sob a protecção dos deuses, a vingança tem o seu fundamento no preceito divino.

Também em um como em outro caso a pena apresenta-se, desde as primeiras phases do seu desenvolvimento, como uma reacção que, comquanto não seja claramente consciente nem claramente querida, é todavia exercida de facto em nome do direito e da paz contra a offensa dos seus interesses; é *reacção social contra acções anti-sociais*, ou, segundo a expressão de Merkel, « manifestação do poder *social* a bem da própria conservação *social* ».

Carece consequentemente de fundamento a opinião muito generalizada, segundo a qual a pena tem a sua origem no instinto da conservação individual, que se manifesta como instinto de vingança. A privação da paz social, a vindicta não é simples reacção do individuo, mas *reacção do aggregado social* como ordem da paz e do direito; e as acções, contra as quaes a reacção se dirige, constituem sempre, directa ou indirectamente, uma *ofensa aos interesses communs do grupo*, uma perturbação da paz, uma violação do direito^(*).

(*) Cremos poder dizer que esta asserção é a expressão de um facto scientificamente verificado. Duvidosa é porém a explicação do facto. A pena só pode ser acto de um ou de vários individuos. Como explica-se que esse acto individual e instintivo, sem que o individuo saiba e queira, proteja interesses communs, tenha caracter social? Encontramos a explicação na supposição de que, nesta parte como em outras (pense-se na reprodução), o instinto individual está inconscientemente ao serviço da conservação da espécie. Si esta explicação porém não é satisfactoria, a sua insuficiência em nada prejudica a verdade daquella asserção, *li 14*

I III. — O desenvolvimento subsequente da pena assigna-se pela *moderação* da reacção a principio desmedida e destituida de fim, instinctivamente impetuosa. A privação da paz social attenua-se pela conversão em pena de morte e em penas de mutilação, em banimento perpetuo ou temporário e em toda sorte de penas sobre os bens; guarda-se ao perturbador da paz e a seus parentes, apesar da violação do direito, a paz jurídica em troca de uma prestação mais ou menos valiosa á collectividade. A vindicta, que accendia a luta entre as famílias, é abolida; a reconciliação, tendo por base o preço do resgate, que deve ser pago á família offendida, é a principio facultada, e depois torna-se obrigatória.

Não faltam casos de retrogradação. Mas o desenvolvimento recebe um forte impulso do poder publico que, avigorando-se e elevando-se acima dos grupos familiares, retira ao offendido o exercicio da pena para confiar-o a juizes imparciaes que examinem calmamente os factos. A gravidade da pena que o Estado inflige determina-se differentemente em correspondência com as diversas violações do direito; o preço do resgate a pagar (*compositio*, de *componere*, contribuir) é uma vez por todos fixado entre os membros da collectividade e graduado conforme a gravidade da lesão; a idéa religiosa do talião dá medida e fim ao instincto de vingança.

Assim o *poder repressivo* do Estado, que considerado em si é illimitado, transforma-se em *direito publico de punir* (§ 1.º, nota 1.ª). A *lei penal* não só determina o objecto e a extensão da *pena*, senão j também os requisitos de sua applicação com circumscrever a idéa do *crime* : o arbitrio é excluído, o caso concreto cae sob o imperio de regras fixas e obrigatórias.

IV. — Resta ainda dar um passo. Reconhece-se que a pena corresponde também á *idéa finalística*, §

[força productora do direito, e com esse reconhecimento torna-se possível utilizar os variados efeitos da comminação e execução da pena para a protecção (dos interesses da vida humana. Comquanto a reminiscência do passado da pena não se tenha de todo esvaecido, e ainda hoje o instinto de vingança possa reclamar, como inspiração sua, a theoria da justiça [reparadora, vae-se, todavia, incessantemente operando na historia da pena a transformação que já o desenvolvimento do individuo nos fizera conhecida: a acção instinctiva e desregrada, inconscientemente útil, converte-se em acto *voluntário*, determinado e moderado pela idéa do fim. Uma politica criminal serena e cõscia do fim a que se dirige é a ineluctavel exigência que resulta para nós da historia do desenvolvimento da pena.

§ 3.º — O direito penal dos Romanos (')

LITTERATURA. Também falta-nos uma historia geral satisfactoria. Platner, *Quaestiones de jure criminum romano*, 1842; Bein, *Das Kriminalrecht der Römer*, 1844; Zumpt, *Das Kriminalrecht der römischen Bepublik*, 1865 e seg. : Mommsen, *Staatsrecht*, 3ª ed., 19, 29, 39; Pernice, *M. §Antistius Labeo*, 29 v., 1878; v. Ihering, *Geist des röm. §Rechts*; Voigt, *Die 12 Tafeln*, 29 v., 1883 ; Leist, *Gräko-§italische Bechtsgeschichte*, 1884; Bernhöft, *Staat und Becht §äer römischen Königszeit*, 1882 ; Brunnenmeister, *Das To-tungsverbrechen im àUrômischen Becht*, 1887, e também Lö-ning, Z. 79, 657 e 696. — Os tratados sobre a historia do direito romano.

(') O direito penal grego não pode ser tomado em consideração neste logar. Sobre as mais recentes investigações ver as noticias bibliographicas da Z. V^"

CAPITULO I

O período que se estende até o 7.º século da cidade

A particularidade que mais assignala o antiquissimo direito penal dos Romanos no tempo da*, suppostas leis reaes é a firmeza com que o crime é considerado como attentado contra a ordem juridica-> estabelecida e guardada pelo Estado, e a pena como reacção do Estado contra o crime.

Essa firmeza é estranha aos demais direitos g indo-germanicos nas phases iniciaes do seu desenvolvimento.

1 Não faltam, na verdade, numerosos e imporia¹ tantes vestígios de uma concepção religiosa do direito penal, que se notam na *expiatio* e *execratio capitis* com a *consecratio bonorum*, como reconciliação I da divindade com o peccador contricto, e como expulsão do impio da communhao religiosa. Eguaes m indícios encontram-se nas sevícias exercidas sobre os pães pelos filhos, na *fraus* commettida nas relações entre o patrono e os clientes, no arrancamento do marco, na omissão da operação cesariana, na morte do boi de lavoura, e mais tarde ainda na violação § das *leges sacratce* e das pessoas sacrosantas.

Também o sacrificio em razão de homicídio involuntário tinha character religioso. Mas ia-se operando incessantemente a separação do *jus* e do *fas*, § e com essa separação triumphou a pena civil imposta pelo Estado.

A concepção do crime e da pena, como direitoJ privado — concepção peculiar ás sociedades de ca-a racter familiar — manifesta-se em um circulo também limitado; mas por isso mesmo manteve-se com maior. tenacidade e desenvolveu-se até os últimos séculos

to direito penal romano. Nós a encontramos no preito reconhecido ao offendido de matar o ladrão Locturno e o adúltero apanhado em flagrante, no ^acto de reconciliação que nos aparece isolado (*si Vmembrum rupit, ni cum eo pacit, talio est*,— Festus), [nas multas precisamente tarifadas por os *fractum §aut collisum* e outras injurias (multas substituídas posteriormente pela *cestimatoria adio injuriarum*), e principalmente, — quanto aos numerosos delictos particulares — na acção penal de direito civil ten-I dente á obtenção do duplo, triplo, quádruplo do jdanno causado; acção que, na verdade, tem em toda parte substituído o pacto extrajudicial da reconciliação (7íOIU»7, *poena* ⁽²⁾, equivalente a preço do resgate).

Os crimes contra os bens da collectividade ou do individuo agrupam-se em torno de duas figuras criminaes : a *perduellio* e o *parricidium*. A *perduellio* a guerra vil e perversa, a guerra contra a própria pátria, ou, segundo a expressão moderna, a traição contra o paiz, serve de ponto de partida ao desenvolvimento dos crimes politicos. Ao *parricidium* ⁽⁸⁾, á morte dada ao concidadão (pretendida lei de Numa *apud Festus: si quis hominem liberum dolo sciens §morti duit, parricida esto*) prende-se o grande grupo dos crimes communs. Considerado o homicidio como offensa á ordem jurídica do Estado, a sua punição não foi abandonada ao arbitrio dos parentes do offendido, e nisto é que está a mais notável distincção entre a intuição romana e a germânica. Além da

(») O vocábulo *poena* liga-se pela raiz indo-germanica *taehi* (pro- | curar, receiar, vingar) ao grego -uuo|iai, vingar-se (pelo sangue ou aceitação do preço do resgate), tíaiç» multa, pena. Cons. Leist, 298, nota l.»s Gunther, 1?, 6; Schrader, 679. I

í») De 7CTJÓ«, *gentília*. Ver Schrader, p. 679. T^

perduellio e do *parriciãium*, encontramos comminada a pena publica contra o crime de incendio, o faial testemunho, o suborno do juiz, a sátira injuriosa (*occentare et carmen condere, quod infamiam facerm flagUiumve alteri*), o *furtum manifestum*, as assembléasj nocturnas e o sortilégio (*alienos fructus encantarei alienam segetem pellicere*).

§

I Não é somente pelo numero e pela importancia dos crimes pertencentes a esta categoria que so-| bresae a concepção politica do direito penal; d mesmo pensamento transluz, de um lado, na severidade das penas decretadas contra o crime (a pena de morte predomina), e, de outro lado, na forma do processo penal, que não tem ainda, como terá em epocha posterior, o character de acção privada.

Com as doze taboas parece ter-se esgotado esse espirito de austera firmesa da legislação penal. As antigas disposições penaes não foram augmen- tadas, e até algumas, como a morte irrogada á tes temunha falsa, cahiram em esquecimento. D'entre os crimes particulares s<5 o damno real recebeu da lei Aquilia uma importante e minuciosa regulamen- tação. O movimento do tempo, que tendia a limitar a administração da justiça pelo magistrado, não é favorável aos progressos do direito penal. Ao pátrio poder e ás notas censórias tocava velar pela manu-| tenção da disciplina e dos bons costumes. A pena) de morte e as penas corporaes graves foram redu zidas ou abolidas; o banimento, como *aguce et ignis/ interdictio* conjunctamente com a perda dos direitos civiços, veio a ser regularmente a consequência legal do crime. A administração da justiça penal tomou um colorido accentuadamente *politico*. I

CAPÍTULO II *O período do**processo perante as commissoes*

Mas esse caracter eminentemente politico é que havia de dar origem ao renascimento do direito penal. Pelos annos 606 da cidade operou-se uma in-novação a principio pouco apparente, mas fecunda em resultados. Até então as acções dos provincianos contra os governadores em materia *repetundce pe-cunice* eram julgadas pelo tribunal senatorial dos recuperadores. Naquelle data a *lex Calpurnia de re-petundis* criou uma commissão permanente do senado que, sob a presidência de um pretor, tomasse conhecimento das acções d'esta natureza. Tal foi a primeira *quoestio perpetua*.

Cedo comprehenderam os chefes do partido popular a importancia da nova instituição, como arma a empregar na luta contra a ordem dominante. A j lei Sempronia transferio para os cavalleiros a judicatura no processo perante as commissoes e lhes conferio não só a attribuição de decidir sobre a restituição do extorquido, senão também a de impor as penas, inclusive a de banimento. Destfarte o processo perante as commissoes *converteu-se em processo l criminal*. Nos decennios seguintes numerosas leis occuparam-se com a materia, regulando o processo e extendendo-o a outros crimes. Mas foram sempre I os crimes da *ordem senatorial dominante* — portanto os crimes de summa importancia politica — que fizeram objecto do novo processo; os crimes communs ficaram, como d'antes, fora de sua competência.

De 672 a 674 operou-se a *reforma penal de Sytta*. O processo perante as commissoes, até então utilizado como arma politica pela paixão partidária, sérvio de base á reorganisação do direito penal ro-

*7

mano. Pelas *leges Corneliae* {de sicariis, testamentaria*, nummaria, de maiestate e outras), Sylla aumentou o numero das comissões que então existiam, restituiu a jurisdição aos senadores e *estendeu também o processo aos crimes communs*, cujas circunstancias constitutivas foram minuciosamente fixadas. As *leges Juliae* de Gesar e de Augusto levaram a uma conclusão provisória esse desenvolvimento, em virtude do qual ficou lançada uma das duas bases, sobre que assentaria o futuro direito penal *communi* da Alie manha ^(a).¹

Assim ao lado dos *delictos privados* (muito desenvolvidos justamente nesse período pelos edictos dos pretores), cuja prosecução tocava ao offendido³ mediante uma acção penal que devia ser intentada perante os tribunales civis, tendo por fim a imposição de uma pena pecuniária, veio figurar o novo grupo dos *crimina publica* {legitima, ordinária). Estes são qualificados por leis especiaes, que, em relação a cada um delles, definem o facto delictuoso e estabelecem a *pcena legitima* a applicar (a *interdictio* ás mais das vezes), regulam o processo e incumbem o julgamento a uma das comissões já existentes ou I que seria criada. A accusação compete a qualquer do povo. O dolo é elemento essencial, a tentativa e a cumplicidade são (regularmente) puniveis e soffrem as mesmas penas da autoria e do crime consumado. I Os juizes têm de responder si o accusado é ou não culpado; na apreciação do caso occorrente não é possível fazerem-se distincções.

Ao grupo dos *crimina publica* pertencem : os crimes de responsabilidade — foram elles que deram J ocasião a todo esse desenvolvimento — a saber, à extorsão {*crimen repetundarum*), o emprego de meios] illicitos para a obtenção de cargos públicos {*ambitus*).

(•) A outra base, a que o autor allude, é a Carolina. N. do trad.

bitus et crimen sodaliciorum), o furto e o desvio commettidos por funcionario publico (*crimen pecutatus et de residuis*), e outros, como a alta traição ou crime de lesa-magestade (*o crimen magestatis* que pouco a pouco substituiu a antiga *perduellio*), a perturbação da tranquillidade publica pelo emprego de violências (*vis publica et privata* com predominante cor politica), o rapto de homem (*plagiwm*), o crime de falsidade (*falsum*), o homicídio doloso (*crimen §sicariorum et veneficorum*), o *parricidium* no sentido de morte dada ao parente, a offensa physica e a violação da paz domestica (*injurice atroces : pulsare, §úerberare, domum vi introire*), e finalmente os crimes da carne sujeitos pela primeira vez ao poder repressivo do Estado pela lei Júlia de *adulteris* em 736 a. u. (*adulterium, stuprum, lenocinium, incestus*).

Formam um grupo intermediário e independente as *actiones populares* (interdictos, acções penaes pretorianas e edilicias, acções resultantes de relações coloniaes e municipaes). Qualquer do povo podia propol-as; mas davam apenas logar á imposição de [penas pecuniárias, cuja importancia pertencia ás mais das vezes ao accusador.

CAPITULO III

Período imperial

A extincção da antiga *ordo judiciorum publicorum*, que data do começo do 3.º século depois de Christo (provavelmente depois do anno 204) (*), deixou a principio intacto o direito penal material. Subsiste nomeadamente o contraste entre os *crimina*

(*) Cons. Menn, *De interitu qucest, perpetuarwn*, 1859 ; vv »—.«ier, annexos ás prelecções sobre o direito penal allemão, 1877, n.º 20, u^

publica e os delictos privados. As novas circunstancias porém fizeram desaparecer dos roes da administração da justiça justamente as figuras criminaes, que occasionaram a reorganisação do direito penal — os crimes de responsabilidade da Republica, ao passo que outros crimes, como o *crimen majes-tatis*, soffreram notáveis transformações quanto ao seu objecto. Mas, em geral, as *leges Cornelice* e as *leges Julice* continuaram a ser a firme base, sobre que a sciencia clássica desenvolveu as suas construcções, completando e afeiçoando o direito vigente. Só gradualmente fizeram-se também sentir no direito penal as consequências do fortalecimento do poder publico unificado. Como o procedimento *ex officio* abre caminho, ampliando-se com a consciencia, cada vez, mais clara do fim a que se dirige ⁽⁵⁾, a pena criminal vae também ganhando terreno á custa do delicto privado. Surge um novo grupo, numeroso e de summa importancia para o desenvolvimento ulterior do direito penal, os *crimina extraordinária*, os quaes occupam uma posição intermediaria entre os *crimina publica* e os *delicia privata*, mais chegados áquelles do que a estes. Não devem a sua origem a deliberações tomadas pelo povo, mas a decretos imperiaes, a resoluções do senado e á interpretação jurídica; não se lhes applica a *pcena ordinária*, que não é susceptível de modificação, mas uma pena < accommodada, segundo o *arbitrio do juiz*, á importancia especial do caso. Compete a acção penal ao *ofendido*, que a intenta perante a autoridade investida da jurisdicção criminal; como nos *criminibus publicis*, é posto em evidencia o *lado subjectivo* do facto, exige-se o *dolus malus*, a tentativa e a cumplicidade ^{ss} puniveis.

(6) Ver Binding, *De natura inquis. process. crim. Soman.*, 1863.

Na classe dos *crimina extraordinária* podemos distinguir os três seguintes grupos :

1.º—D'entre os delictos privados destacaram-se os casos mais graves para serem punidos com o rigor da pena criminal. Assim do *furtum* os crimes dos *§saccularii* (corta-bolsas), dos *efractores* (arrombadores), dos *ezpilatores* (saqueadores), dos *balnearii* (os que furtam nos banhos públicos, ou, como diz v. Bar, os surrupiadores de capas), dos *ábigei* (os que fazem profissão do furto de gado — *quasi artem ezercentes*); da *rapina* o crime dos *latrones* (propensos a matar para roubar) e dos *grassatores* ; da *injuria* os *libelli vfamosi*, o crime dos *directarii* (violadores do domicílio) e outros casos.

2.º — Ao lado destes crimes encontramos um grande numero de novas figuras criminaes, como a receptação (*crimen receptatorum*), a burla (*stellionatus*, e como caso especial a *venditio fumi* ou simulação de influencia para a obtenção de cargos públicos), a *concuissio*, o *raptus*, a *abadio partus*, a *ezposUio §infantum*. Sob a influencia do cbristianismo foram introduzidos, entre outros, os *crimes contra a religião* até então desconhecidos ao direito romano : a blas-phemia, a perturbação do culto divino, a renegação da fé e a heresia, bem como o sortilégio que mais e mais se vae aproximando destes últimos.

3.º—Finalmente parece que o movimento reformador levou, pelo fim do período, a este resultado, — na maior parte dos delictos privados facultar ao offendido, ainda sem especial disposição de lei, a escolha entre a *adio ez delicio* de direito civil e a *accusatio eztra ordinem* do direito penal (ver a l. 92, D., 47, 2; l. 45, D., 47, 10).

Notável transformação soffreu também a penalidade. A *aque et ignis interdictio* sobrevivera a si mesma com perder toda a sua importancia pratica. Foi substituída por um systema muito estruturado

e por diversos modos graduado, principalmente *GÔM* j forme á condição do réo, mas em geral propenso a excessivo rigor. Compunha-se elle de penas capitães e corporaes, de penas privativas da liberdade com ou sem trabalho forçado, de penas infamantes e de penas sobre os bens.

No essencial, porém, ficou intacto o character jurídico peculiar ás disposições do direito penal romano. Nota-se, como d'antes, falta de clareza e de precisão nas definições das figuras criminaes, e quanto mais o período approxima-se do seu fim, mais nociva l torna-se a pseudo-ethica sem ponto de apoio, arbi- | traria e injuridica que assignala as ulteriores constituições imperiaes. Não nos pode pois causar extra-nhesa vermos que a elaboração das doutrinas geraes, supremo e gravíssimo problema da sciencia do criminalista, não tenha, entre os romanos, ido além. de conceitos esparsos e destituídos de princípios. O direito penal romano seria completamente inadequado para a sua recepção na Allemanha, si nos séculos posteriores a Itália da idade media não tivesse tomado sobre si o trabalho que os jurisconsultos romanos legaram á posteridade inacabado ⁽⁶⁾.

§ 4.º — O direito penal da Allemanha na idade media

A idade media anterior

(Até o século XIII)

LITTERATURA. Completa e ao mesmo tempo fundamental a *Deutsche BecMsgescUcMe* de Brunner, 2ª v.-, 1895, § p. 536 a 690.—Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, 1842

(6) ^A Parte principal das disposições do direito penal encontra-se ti Hv. 4-Vt- 1 a Se 18 dasInst.,nosliv.47 e 48 doJDig₁e_[^]livv9^0^oã;



Osenbrüggen, *Das Btrafrecht der Langobarden*, 1863; Thonissen, *Organisation judiciaire, le droit penal et la procédure pénale de la loi salique*, 2ª ed., 1882; Bethraan-Hollweg, *Der Zivtprozess des gem. Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, do 4ª até o 6ª v., 1868 e seg. Muitos materiaes encontram-se apud Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte* — Estudos de Lönning e Giinther na Z, 2ª e seg.

I. — Das fontes allemãs depreheende-se de um modo incomparavelmente mais claro do que das fontes romanas o desenvolvimento gradual do direito penal. As leis barbaras ^(a) mostram que a ordem politica já se elevava acima da sociedade de caracter familiar. Representavam pois um papel secundário, de um lado, a concepção religiosa do direito penal e, do outro, a privação da paz e a vingança do sangue.

Evidentemente o systema da composição forma o centro das disposições penaes. Mas no seio da associação politica a *parentela*, tendo por base a communhão do sangue, apresenta-se ainda como uma corporação de direito publico, é ella que protege os seus membros e lhes proporciona a reconciliação, a ella toca defender o parente atacado e vingar o ofendido. Desfarte os vestígios de uma phase mais antiga no desenvolvimento do direito penal perduravam, quando já ia adiantada a idade media allemã.

1.º — Algumas notas de uma concepção religiosa-pagã lembram o caracter religioso do primitivo direito penal: no concernente á violação do templo

^(a) Os escriptores allemães denominam as *leges barbarorum Volks-rechten* (direitos ou leis do povo), porque se formaram por iniciativa ou com o assentimento do povo, e as contrapõem ao que denominam *Konigs-recht* ou *Amtsrechi* (direito real, direito official), isto é, ás ordenanças e decretos emanados somente da realeza. Entre um e outro direito póde-se estabelecer o mesmo paralelo que entre o *jus cintile* e o *jus honorarium* dos Romanos. Brunner, 1.º, 278, 286. N. do trad. 5~C?

e á magia, ao perjúrio e ao roubo commettido s o morto, á profanação do cadáver e da sepultura, ao incesto e á morte dada ao parente, é das mãos dos deuses que a justiça terrestre recebe a espada vingadora Q). Só a pouco e pouco e cansada da luta a Igreja enrista oceuou o lugar do supplan-tado paganismo.

2.º — Da *privação da paz*, pena característica dos direitos scandinavos, que a applieavam em todos os crimes graves {*"violações da paz*}, notam-se apenas vestígios esparsos nas leis barbaras allemfies (*), e onde a encontramos mencionada, ella não nos appa-rece como pena de um crime commettido, mas como leffeito processual da desobediência por parte do! aceusado, que recusava comparecer em juizo ou cumprir a sentença (⁸). Entretanto podemos concluir com os nossos mais autorisados cultores da historia do direito (Brunner, Schröder) que, mesmo nos

(•) Ver Brunner, 2.º, 648 — A este numero pertence também o celebre texto do direito frisão, add., 12, 1: « qui fanum effrogerit et ibi aliquid de sacris tulerit, ducitur ad maré, et in sabulo, quod accessus maris operire solet, flnduntur aures ejus et castratur et immolatur diis, quorum templa violavitn. — Ver também adiante a nota 9.»

(*) Sal., 65, 2 (Behrend): «Si quis corpus jam sepultum efifoderit aut expoliaverit, wargus sit, hoc est, expulsus de eodem pago, usque dum parentibus defuncti convenerit, ut et ipsi parentes rogati sint pro eo, ut liceat ei infra patriam esse, et quicumque antea panem aut hospitalitatem ei dederit, etiamsi uxor ejus hoc fecerit, DC den. qui faciunt sol. XV culpabilis judicetur. » Bib. 85, 2 (Sohm[^]; já ahi somente em segundo lugar, no roubo de sepultura. Oap. 1?, Sal. •* a mulher, que se casa com um escravo, faz se *expellis*.

(³) Sal., 66, I. « Si quis ad mallum venire contempserit etc. 2.... Tunc rex extra sermonem suum ponat eum. Tunc ipse culpabilis et omnes res erunl suas! »

tempos históricos, essa pena teve mais extensa aplicação.

3.º — Não só no furto e no adultério, senão também em muitos outros casos, as leis barbaras mencionam o direito reconhecido ao offendido (e % seus parentes) de matar o offensor a salvo de multa (*). Mas não raro esse direito de necessidade já depende de que o delinquente se oponha a que o liguem, e do direito de matar decorre gradualmente o de levar ligado a juízo o individuo apanhado em flagrante, o de promover a sua condemnação em pena criminal, mediante um processo rápido: « a reforçada acção por facto incontestável »,| segundo a expressão da idade media ulterior.

4.º — A *vingança do sangue* (⁵) — e disto já Tácito nos dá testemunho — é, como vingança de família, direito e dever de toda a parentela no facto em que não se dá flagrância. Resgata-se com o pagamento de certa quantia, a *compositio*. Primitivamente a parentela offendida podia escolher entre a guerra ou *faida* e a aceitação do preço do resgate; e só depois de renhida luta, como claramente se deprehe de dos capitulares, conseguiu o poder publico, que se avigorava, converter em dever jurídico a obrigação de concluir as partes em juízo o pacto de reconciliação. A vingança do sangue suc-cedeu pois o systema da composição; mas as formas

(*) Bajuv. 9, 5; 8, I; Sax. 4, 4; Eib. 77: «Si quis hominetn super rebus BUÍs comprehenderit, et eum ligara voluerit, aut super uxorem, aut super filiam vel his similibus, et non prtevaluerit legare, sed colebus ei excesserit, et eum interficerit, coram testibus in quadruvio in clita eum levara debet et sic 40 seu 14 noctes custodire et tunc ante «udice in barão conjurit, quod eum de vi ta forfactum interfecisset. »

(6) Germ. cap. 21: « suscipere tam inimicitias patris seu propinqui quam amicitias necesso est. » < Z/

processuaes da idade media allemã indicam que o direito se originou da *faida ffehdej*. O recurso ás armas foi substituído pelo juramento; como aquelle, este era direito e dever dos parentes, que, em pleno equipamento militar, dadas as mãos, confir-j mavam unisonos o juramento do principal conjurado (*).

II. — Na exacta fixação da somma que devia ser paga como preço do resgate — consequentemente na regulamentação permanente do systema da composição — está, como já dissemos, a importancia capital das disposições penaes das leis barbaras. Sua remota antiguidade resulta das noticias que Tácito nos transmittio (*). Avaliavam-se as diversas lesões ao direito por numerosas gradações; fixava-se exactamente o preço da reconciliação por cada dente e por cada um dos dedos, por cada palavra injuriosa, por cada contacto impudico de uma dona ou de uma donzella. Nas tarifas relativas á composição, que encontram-se nas leis barbaras, notam-se dous números fundamentaes, um grande e outro pequeno; o primeiro indica o *Wergeld* ou *Manngeldy* que devia ser pago no homicídio e em outros casos equivalentes, o segundo a multa por

(«) Germ., cap. 12. « Sed et levioribus dei ictis pro modo poena; equorum pecorumque numero convicti multantur. Pare multo regi vel civitati, para ipsi qui vindicatur vel propinquis ejus exsol-vitur. » Cap. 21: «Nec implacabiles durant (inimicitioe). Luitur enim etiam homioidium certo armentorum ac pecorum numero, reci-pitque satisfactionem universa domus.»

(") É a compurgação, também usada em Portugal. « O implicado jurava primeiro e depois os compurgadores, cada um de per si, iam jurando successivâmente, que o réo jurava verdade, e terminavam dizendo — si isto não é assim, Deus me confunda. » A. Herculano, Hist. de Port., 4º, 869. N. do trad.

offensas de menor gravidade ⁽⁷⁾ ^(b). Mas a gravidade do crime perpetrado não era a única circunstância decisiva para a fixação do preço da reconciliação; tomavam-se também em consideração a condição, a nacionalidade, a idade e o sexo do offendido. Além da importância a pagar ao offendido e à sua parentela, o offensor devia pagar ainda à colectividade, como intermediária na celebração do pacto de reconciliação, o *preço da paz* *ffreäus* ou *fredumj* ^(c). O pacto de reconciliação e o respectivo preço tinham também por base a família, justamente como a vingança de que procederam. O que Tácito nos diz — *recipitque satisfactionem universal* *ãomus* — é plenamente confirmado por outras fontes. A *coparticipação da família*, tanto no pagamento como no recebimento do *Wergeld*, que nas leis bárbaras da Alemanha é apenas indicada por alguns vestígios, manteve-se por longo tempo nos direitos da baixa Alemanha e dos países do norte (nestes últimos, em parte, até o século XVI) ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Entre as diversas tribus o *Wergeld* importava em 150, 160 e 200 schillings, e a multa em 10, 12 e 15 schillings. Cons. o Manual de Brunner. 1.º, 226, 2.º, 612. Quão profundamente estas sommas afectavam a existência económica e portanto a posição jurídica do devedor (considere-se o *Wergeld* frequentemente elevado a nove vezes o seu valor no homicídio), resulta de que, segundo as fontes contemporâneas, um boi custava de 1 a 3 schillings e um cavallo de 6 a 12. Cons. os textos citados por Waitz, 2.º, I, 279. Segundo Schröder, o *Wergeld* correspondia ao valor de uma herdade livre.

^(b) « As multas, explica Brunner, 2, 616, apresentam-se como fracções do *Wergeld*, ou referem-se a um numero fundamental, de cujos múltiplos e submúltiplos se formaram as diversas taxas.» N. do trad.

^(c) A multa tributária é denominada no direito português *coima*, *calumnia*, *peita*. N. do trad.

⁽⁸⁾ Sal. 58, 62: « Sic cujuscumque pater occisus fuerit, medietate compositionis filii collegant et alio medietate parentes qui pro-

€SL

III. — Mas a *pena publica* não foi também desconhecida ao antiquíssimo direito allemão. A paz especial, de que precisavam o exercito em campanha, a assembléa popular no logar de sua reunião,¹ os templos e as egrejas, levou a collectividade e os seus representantes a tomar o poder publico entre! mãos (⁹). Assim é principalmente sobre os crimes de natureza politico-militar, por ventura sobre a traição na guerra e a traição contra o paiz, que, desde os mais remotos tempos, recahio a penai publica (¹⁰). Já na epocha da realza merovingia e

ximores sunt, Iam de patre quam de matre, inter se devidant (a parte dos herdeiros e a dos demais parentes). Sax. 18, 19. Wilda, 395. Waitz, 1, 71, nota 3.^a, 76, nota 3.*; Brunner, *SUppe und Wergeld*.§ Revista do Instituto-Savigny, 8, 1. Heusler, 2, 641. Gunther. 1, 176, nota 42. Schröder, *Rechtsgeschichte*, 77.

(⁹) Tácito, Germ., c. 7. « Ceterum neque animadvertere neque vincirc ne verberaro quidem nisi sacerdotibus permissum: non quasi in pœnam nec ducis jussu sed velut deo imperante quem adesse bellantibus credunt (character religioso). Cap. 11. Silentium per sacerdotes, quibus tunc (na assembléa popular) et coercendi jus est, imperatur. Cap. 6. Scutum reliquísse præcipuum flagitium. Nec aut sacris adesse aut concilium ínire ignominioso fas: mui tique superstites bellorum infamiam finierunt. Cap. 12. Licet apud concilium accusare quoque et discrimen capitis intendere. Distinctio poenarum ex delicto. Proditores et transfugas arboribus suspendunt; ignavos et imbelles et corpore infames ceeno ac palude, injecta insuper crate, mergunt. Diversitas supplicii illuc respicit, tamquam scelera ostendi oporteat, dum puniuntur, flagitia abscondi». (Cons. sobre este texto Waitz, 1, 425).

(¹⁰) Bib. 69, I: « Si quis homo infidelis extiterit, de vita componat et omnes res ejus fisco censeantur. Bajuvar. II, I, 2: ut nullus liber Bajuvarius alodem aut vi tara sine capita) i crimine perdat, id est si in necem ducis consiliatus fuerit, aut inimicos in provinciam invitaverit aut civitatem capere ab extraneis machinaverit. » A esta categoria pertencem também as numerosas disposições relativas á *herisliz* (deserção).

muito mais na da realeza earlovingia a pena publica ia sendo applicada a novos crimes com o mais claro conhecimento e a mais determinada prosecução do fim politico (¹¹). A legislação dos capitulares, cujo começo data do meado do século VI, commina penas contra o furto e o roubo, o assassinato e o incesto, o sortilégio e o envenenamento, a falsificação da moeda e a de documentos. A esse movimento deu vigoroso impulso a crescente desigualdade das fortunas.

Quem não podia pagar o preço da reconciliação, pagava com o corpo, como em todos os tempos succedeu ao servo. Sobretudo o poder do *bannus re-§ §giu8* (^a) tornou-se um poderoso factor da formação do direito: muitas disposições penaes novas, tendo por fim não só proteger as egrejas e os claustros, as viúvas, os orphãos e os pobres, senão também assegurar a tranquillidade publica contra toda sorte de violências, vieram figurar ao lado do *direito popular* em virtude do *direito official* (¹²). Emfiin não pode ser esquecida a influencia da egreja que, em

(¹¹) Assim a *lex ripuaria* punia com pena publica o facto de contradizer documentos régios (60, 6), o furto manifesto (79), o suborno do juiz (88), o rapto da mulher livre pelo escravo (34, 4), a falsificação de documentos régios (59, 8), o parricidio, o incesto (66, 2). — O direito saxonio impunha a pena de morte ao perjúrio, á violação da paz domestica, ao incendio com morte, ao furto de cousa de valor superior a 3 schillings. Carlos Magno procurou moderar estas disposições; mas, por sua vez, comminou a pena de morte contra as offensas á fé christã. Cons. Waitz, 8, 180; Gönther, 1, 182; Schröder, 888.

(¹²) Cons. "Waitz, 8,819; Brunner, 2,84; a *Summula de bannis* (Boretius, cap. 224/

(^a) *Die kónigliche Banngewalt*, isto é, o poder que pertencia ao rei de decretar penas no concernente & policia, ao exercito, aos direitos flscaes e como guarda da paz. Ver v. Bar, *Handb.*, p. 67. N. do trad.

tanto quanto lhe faltava o poder de punir propriamente dito, actuava indirectamente pelos seus peni-tenciaes e pelas resoluções dos seus concílios sobre as intuições do povo e sobre a legislação real, e se esforçava por preencher as lacunas que ainda se notavam na administração da justiça secular ⁽¹³⁾. Assim pelo fim do periodo carlovingio, na epocha do florescimento da realeza franca, triumphava a concepção politica do crime e da pena. Os crimes que attentam contra os interesses da collectividade acha-vam-se em sua grande maioria sujeitos a penas publicas, eram processados e punidos *ex officio*.

IV. — Com a dissolução da monarchia franca começou um movimento geral de retrogradação. No campo do direito penal esse movimento destruiu ou pelo menos impellio para o segundo plano e por muito tempo obscureceu as novas instituições do periodo carlovingio que, apesar de mantidas por um forte poder central, não tiveram tempo de crear profundas raizes.

Desappareceram os direitos populares escriptos' em lingua estrangeira e cahio em esquecimento a legislação dos capitulares: impera agora o *direito costumeiro*, oriundo da convicção popular e declarado pelos escabinos. Assim predominam de novo as intuições nacionaes, as do antigo direito germânico, que sob a realeza franca tinham sido frequentemente supplantadas por princípios extranhos, romano-cano-nicos. Mas logo se fez sentir o génio do povo al-lemão; a sua força de organização, em contraste com

(¹³) Sobre o direito penal canónico cons. os tratados de direito canónico; especialmente Hinschius, 4, 691 até 864 (o Direito romano e o merovingio), 5, 1.» sec. (até o século 14); E. Lõning, *QeachichU dea KirchmreehU*, 1878 e seg.; Gúnther, 1.º, 263; Katz, *Mn Qrundriaa§ dea kanonischen Strafrechta*, 1881. As noticias bibliographicas da Z. — No *Corpus júris eanonci* o livro 5.º das decretaes.

o movimento unitário e centralizador do período decorrido, expande-se em riquíssimas formações e conduz ao progressivo particularismo do direito, não só segundo raças, senão também segundo districtos e communes.

W Pari passu com esse movimento resurge a concepção *privada* do direito penal; recua o poder publico de punir, que não podia conservar o seu predomínio, quando a autoridade real se achava em decadência e ainda não estava constituído o poder publico territorial. Assim quasi que de todo perde-se a idéa do procedimento *ex officio*; a composição ex-tende o seu imperio á custa da pena publica; ao offendido toca escolher a seu arbítrio entre propor e promover a acção ou accommodar-se (*ledigung, taiãigung*, a conciliação judicial e a extrajudicial) com o delinquente, que, tratando-se de oifensas menos graves (*frevel* em opposição a *ungerichte*, a offensa grave) podia, mediante o pagamento de certa quantia e independentemente de outra condição, evitar a com-minada pena corporal, sem, todavia, escapar á des-honra ^(*).

(*) Na península ibérica a retrogradação operou-se com a invasão musulmana. Repellidos para os desvios do norte, os godos «desandaram no caminho da civilização»; deu-se «uma recrudescência da barbaria germânica», em virtude da qual resurgiram as *faidas* e o systema das composições, sem ser, todavia, esquecida a pena publica. Nos foraes portuguezes dos séculos 12 e 18, «encontram-se accumuladas, ás vezes monstruosamente, a composição ou *wergeld*, as penas afflictivas (taes como a morte, a mutilação e os açoites), a escravidão, a revindicta ou *faida*, a multa ou *fredum*; é um systema mixto, romano-germanico, romano-wisigothico, em que ainda a autonomia neo-gothica imprime ás vezes caracteres próprios e especiaes». (A. Herculano). As expressões — *sit initicus suorum parentorum*, *sit homi-zieiro* — que tão frequentemente ahi se lêm, significam que o culpado era abandonado á vindicta da parentela da victima. No direito sub-

A incerteza da administração da justiça produziu o direito de guerra medieval. Essencialmente diverso da antiga vindicta, apresentava-se como um direito de necessidade, quando não era possível obter a protecção da justiça contra ofensas civis ou criminaes. Tal direito competia, depois de lançado o desafio (*āiffiātió*), a quem podia trazer armas e gradualmente foi limitado pelas *leis sobre a paz publica* (desde 1085 até o século XVI), tranzitoriamente suspenso pela paz *contractual* e só abolido pela paz *perpetua* ^(u) ^(b).

semente as multas e coimas converteram-se em penas pecuniárias; masl
 difícil foi á realeza portugueza desarraigar dos costumes a vindicta] privada.
 D. Afonso 4º foi o primeiro que, em vez de regulamental-a, como fizeram
 alguns dos seus antecessores, formalmente a proibiol (leis de 3 de Marco de
 1363 e 11 de Abril de 1385 consolidadas na Ord- Aff., l. 5, t. 53),
 comminando a pena de morte contra «os filhos] d'algo que acoimassem polias
 mortes e deshonras que fossem feitas á elles e aos do seu divido» (ver, todavia,
 a excepção consignada no § 17 da mesma Ord.). As cartas de seguro e os
 coutos, conservados nos três codigos da monarchia portugueza, foram outros
 meios indirectos de protecção contra as vindictas. Dessa terrível e velha
 usança! encontram-se ainda vestígios na Ord. Phil. do 1. 1.º, t. 8. g 53 e do 1. 5,
 t. 130, l 1 (Cons. M. Freire, *J. J. P.*, t. II, <j 23, e *I. J. Orim.*, § t. IV, § 13 e t.
 12, | 1, nota). N. do trad.

^(u) Böhlaus, *Nove constiutiones domini Alberti* (isto é, a paz publica de
 1285), 1858. A nova litteratura *apud* Lõning, Z., 5, 226, Gunther, Z., 11, 185.
 Cons. também Huberti, *Oottesfrieden und Landfrieden*, 1, 1892; Schröder,
Rechtsgeschichte, 614.

^(b) Não se confundam essas leis sobre a paz publica, que eram juradas
 pelos Imperadores e grandes do Imperio e deviam vigorar du- I rante certo
 tempo, tendo por fim restringir e regulamentar a guerra privada, com as
treuguce Dei introduzidas a esforços do clero. — A paz contractual era a que as
 partes contendoras pactuavam ás mais das vezes com a intervenção da
 autoridade; os delictos commettidos com offensa de taes pactos eram
 especialmente punidos como quebra da *Hand-frieden* ou da *gelobten Frieden*.
 v. Bar, *liando.*, p. 91 e 92. N. do trad.

II

A idade media ulterior (do

século XIII até o XVI)

LITTERATURA. John, *Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der BechtsMelier*, 1858 ; Osenbruggen, *Das alemannische Strafrecht im deutschen Mittelalter*, 1860; Hälschner, *Geschichte des brandenburgisch-preuss. Strafrechts*, 1855; Frauenstadt, *Blutrache und Totschlagsuhne*, 1881; Gengler, *Deutsche Stadtrechtsdertümer*, 1882; Lindner, *Die Veme*, 1888; Thudichum, *Fehmgericht und Inquisition*, 1889 (também Giinther, Z, 14, 257); Frauenstadt, *Breslau Strafrechtspflege im 14. bis 16. Jahrhundert*, Z, 10, 1; Pfenninger, *Das Strafrecht der Schweiz*, 1891, p. 10; Knapp, Z, 12, 200, 473 (Nureinberg). Os estados de Lönning e Giinther na Z, 2 e seg. — Falta um trabalho completo. Preciosíssimo material encontra-se nos assentos judiciais d'Austria (col-ligidos pela imperial Academia das Sciencias, 1870 e seg.). Oattier, *Evolution du droit penal germanique en Hainaut jusqu' au XV siècle*, 1893 ; Caspar, *Darstellung des strafrechtlichen Inhalts des Schwäbenspiegels und des Augsburger Staatrechts*, diss., 1892.

O desenvolvimento do direito penal está em intima conexão com o declínio ou o progresso do poder publico. A concepção *politica* do crime e da pena, interrompida no período precedente, começa de novo a avigorar-se com a formação do *poder publico territorial* ^(*) e o *florescimento* das *cidades*. Nas nu-

(*) *Landeshoheit, Landesherrlichkeit*. Não temos palavra adequada para traduzir exactamente a *Landeshoheit* do direito publico allemão, de ordinário traduzida por *soberania territorial*; litteralmente significa *auperioritas territorialis*. Sob o antigo imperio allemão, a *Landeshoheit* era verdadeiro poder publico sobre um Estado, exercido *jure próprio* (e não por delegação), mas subordinado ao *poder imperial*; não era pois soberania territorial, como não o é actualmente sob o regimen

st

meras leis sobre a paz publica e em outras leia imperiaes, nos direitos municipaes ^(b), senhoriaes Q e territoriaes, nos assentos declaratórios do direito ^(d) e nos livros que o compilam o direito existente acha-se reduzido a escripto e o costumeiro perde a sua anterior importancia. Procedente de fontes cada vez mais numerosas e com um curso cada vez mais rápido, o direito estrangeiro vae penetrando nos territórios da Allemanha primeiramente do sul e depois do norte e disputa a soberania ao direito pátrio,; Os direitos municipaes e as mais notáveis compilações ^(c) são como os pontos de crystallisação, em torno dos quaes, de certo modo como compensação á perda dos direitos gentílicos, desenvolvem-se novos

federal. Ver H. Schulze, *Einl. in das deutsche Staatsrecht*, p. 263. Também entre nós fala-se em «soberania dos Estados», como si Estados, membros de uma união federal, podessem ser soberanos sem destruí-la I N. do trad.

^(b) *Stadirechten*. Desde o século un muitas cidades da Allemanba receberam a principio dos Imperadores e depois dos príncipes privilégios (foraes) que lhes conferiam o direito de eleger os seus magistrados e de decretar os seus estatutos. Algumas reduziram a escripto o seu direito costumeiro, outras adoptaram o direito de cidades visinhas. For-maram-se assim grupos de direitos municipaes, dos quaes os de Magd-burgo, Lubeck, Eisenach, Francfort eram os mais notáveis. N. do trad.

^(c) Os *Sofrechten* regulavam, nos districtos ruraes, as relações entre o senhor do solo e os moradores ou entre estes. N. do trad.

^(*) *Wcistúmem*. Nas aldeias e nos districtos ruraes era costume declarar-se annualmente em dias determinados o direito em vigor. Na assembleia dos visinhos o *maire* perguntava o que era de direito em um caso dado, e os *homens bons* juramentados respondiam. Essas declarações foram feitas posteriormente por escripto, e taes *assento*», uma das mais interessantes fontes do direito allemão, colligidos por J. Orimm e outros, denominam-se *Weistúmern*. Ver Brunner, 1.º, 11 e a *Encyklopadie* de Holtzendorff, 1.º v., p. 226. N do trad.

^(•) Isto é, os *Espelhos* que appareceram no século 18, sendo os mais notáveis o da Saxonia e o da Suabia. N. do trad.

ramos substancialmente idênticos, apesar de todas as diferenças individuais.

Davam-se pois as condições necessárias para que a pena pública se avigorasse e se ampliasse. As compilações tratam o *Wergeld* e a multa como instituições do passado; o *Wergeld* vai sendo mais e mais limitado aos casos de homicídio involuntário, e a multa, não raro aplicada como pena aparente ^(w) ^(f) somente para que fosse seguida da coima ao juiz, converte-se em pena pecuniária propriamente dita. A pena capital e as penas corporais porém tornam-se cada vez mais numerosas. O Espelho da Saxônia (2,13) punia com a forca o furto de três ou mais schillings, bem como o furto nocturno; com a roda o assassinato e o furto que importasse violação de uma paz especial, a traição, o incendio acompanhado de morte, e a mensagem infiel; mandava decepar a cabeça aos que cometessem os crimes de homicídio, roubo, rapto de homem, incendio, estupro, quebra da paz, o adultério agravado; reservava a fogueira para a renegação da fé, o sortilégio e o envenenamento. Ao lado das penas na *mão e no pescoço* por crimes graves (*ungerichte*) encon-

(**) Assim faz o Espelho da Saxônia, 345. Grimm. *Rechtsaltertumer*, 679 ; Osenhriiggen, *Alam. Strafr.* 72. Muito frequentemente as fontes austríacas.

O Multa aparente (*Scheinbusse*), diz Grimm, é a que se devia pagar em certos casos pelo homicídio de pessoas a quem era licito matar. Assim o dono da casa podia matar o delinquente que nella penetrasse, o marido o adúltero apanhado em flagrante, o parente da vítima o assassino banido e posto fora da lei. Por formalidade o matador depositava uma moeda de valor insignificante ou uma cabeça de gallo sobre o cadáver e nenhuma outra satisfação se podia exigir. Também segundo o costume do condado de Artois, os que matam os banidos «sont et doivent être de ce quites et tenus paisibles, en met-tant un denier d'argent soubz la teste du banni mort». N. do traãP&P

tram-se numerosas penas na *pelle* e no *cabello*, bem como multas por offensas leves (*frevet*) ^(g).

Mas é principalmente a vida urbana que, creando novas relações, produz também novos crimes e faz necessarias, além da proscricção ordinariamente applicada ^(h), novas disposições penaes. Os direitos municipaes, sobretudo os da Allemanha meridional, assinalam-se pelas suas comminações severas e muitas vezes cruéis.

I Accresce uma circumstancia, cuja influencia sobre o desenvolvimento do direito penal não pôde ser menos presada : a *luta contra o crime e a vagabundagem de profissão*. Faz-se necessário o *procedimento official de justiça*, medida perfeitamente adequada ao movimento da epocha e que, tomando as formas mais diversas, apresentando-se especialmente como julgamento *por má fama*, cada vez mais se estende e mais se affirma, e lança mão da *tortura*, extrajudicialmente applicada, legalmente não regulada, como meio enérgico para provocar a condemnação ⁽ⁱ⁾.

(g) *Strafen eu ffais und Hand*, isto é, a pena capital e as penas de mutilação ; *Strafen zu Haut und Haar* (*cútis et capilli, corium* «# *erinea, pillia et pili* no latim da eclade media), isto é, a fustigação com azourraque ou varas, o raspar a cabeça, e ainda a decaivação, de que se encontra também menção nos foraes portuguezes. N. do trad.

(h) Em certos casos pronunciava-se a proscricção ou melhor o banimento (*verfestung*) contra o delinquente ausente e revel. Si o condemnado não purgava a sua contumácia, apresentando-se em juiz[©] dentro de anno e dia, o banimento convertia-se em «privação da paz» e qualquer podia matar o banido no districto do juiz que proferira a sentença. Direito análogo encontra-se na Ord. Phil., l. 6, t. 126, § 8: «havemos por bem que nos casos, onde os absentes forem condemnados á morte natural e banidos, qualquer do povo os possa matar sem pena». N. do trad.

(i) Introduzida em Portugal com o processo inquisitório, encontra-se a tortura regulamentada nos três codigos da realeza absoluta. N. do trad.)

Mas quanto mais resolutamente a idéa finalística penetrava no direito penal e no processo respectivo, tanto menos convinham as formas antigas, e tanto mais imperiosa se tornava a necessidade de dar *sancção legal* á transformação já, na essência, .. desde muito operada, e a de remediarem-se os abusos I das justiças territoriaes mediante a *regulamentação do processo penal por lei imperial*. Esse emprehendi-mento, cuja realização foi instantemente solicitada pelo tribunal da Camará Imperial, havia pouca creado, já a dieta que se reunira em Lindau em 1496, mas que só se realizou, depois de porfiadas lutas, em 1532, tinha por condição a *fusão do direito estrangeiro recebido com o direito pátrio*. Numerosos trabalhos preliminares e dos géneros os mais diversos I facilitaram a solução do problema; mas o êxito foi sobretudo devido ao merecimento de um homem, *Hans von Schwarzenberg*.

§ 5.º — A ordenança de Carlos 5.^o sobre a justiça criminal

I. O direito romano que a Allemanha recebera, especialmente o direito penal (inclusive .o processo respectivo), não é o direito dos textos romanos, senão um outro essencialmente transformado e acco-modado ás novas relações jurídicas. Desde o renascimento dos estudos jurídicos, os *jurisconsultos italianos* tinham-se constantemente applicado a aperfeiçoar o direito romano, posto que muitas vezes o fizessem inconscientemente. Os glosadores anteriores e posteriores, principalmente Azo (f 1220) em sua *Summa* do Código, os camonistas — entre os quaes tiveram importancia Roffredus (f 1250) e Durantis (f 1296), ^sobretudo com relação ao processo penal, e os chamados «práticos italianos» — entre QS quaes devem

ser mencionados neste lugar Rolandinus de Ro-

SJ

3

manciis (f 1284), Albertus Gandinus (f cerca de 1300), Jacob de Belvisio (f 1335), Angelus Are»\$ tinus (f depois de 1451) e Bonifacius de Vitalini*! (logo depois de Aretinus) (') — todos elles trataram o direito penal romano segundo a *generalis consue** I tudo dos seus dias e tal como o costume se desen- j volvera sob a influencia das ideias jurídicas germânicas oriundas das fontes lombardas, das necessidades praticas e das generalisações da sciencia, da legis-| lação dos papas e dos imperadores e da pratica judiciaria. O direito que elles expuseram em suas obras nfto é, podemos dizer, o puro direito romano, mas sim o italiano. E nÍlo se faz mister observar que § esse direito devia encontrar muito mais fácil acolhimento na Allemanba do que o dos *Kbri terri-'biles* do Digesto ou do Codice. Cumpre porém notar, como facto de máxima importancia, que a jurispru- § dencia italiana da idade media applicou especialmente a sua attenção ás doutrinas geraes do direito | penal, lançando desfarte as primeiras bases em que a sciencia se apoiou para dominar a materia.

II. Não cabe aqui expor como e por que canaes operou-se a recepção; mencionaremos somente um dos seus factores. Os trabalhos dos jurisconsultos italianos penetraram na Allemanha por meio de ma-nuscriptos e de impressos; mas muito mais extensa ' e intensa foi a influencia que elles exerceram mediata e indirectamente, isto é, *mediante a elaboração desses trabalhos pela litteratura jurídica e popular da Allemanha* (²). Do grande numero dos escriptos que

0) Cons. Seeger, *Zur Lehre vom Versuch dea Verbrechms inder Wia-senschoft dea Mitielalters*, 1869 ; Brusa. *ProUgomeni ai diritto pe-§ nale*, 1888, p. 256.

(*) Stintzing, *Geschichte der populären Litteratur dea Rômiach-§ Kanonischen Rechts in Deuise.hlnnd*, 1867. O mesmo, *Qeaeichichte der§ deutaehen Rechtatoiaaenachqft*, 1.» v., 1880. v. Schulte, *De criminal Unis canais*, 1888.



pertencem a este ramo especial de litteratura allemã destaca-se, tanto pelo seu valor intrínseco como pela sua importancia histórica, o *Klagspiegel* que, composto no primeiro quarto do século XV, já impresso entre os annos de 1470 a 1480, foi editado em 1516 por Sebastian Brant 1521). Azo, Roffredus, Durantis, Gandinus são as fontes onde o autor bebeu, reproduzindo as suas doutrinas com mais ou menos habilidade.

III. Na segunda metade do século XV e na primeira do século XVI encontra-se um não pequeno numero de ordenanças sobre a justiça criminal que, no essencial, assentam sobre o antigo direito allemão, mas receberam mais ou menos a influencia do direito romano. Com quanto regulem o processo penal, contêm também disposições sobre o direito penal material.

Mencionaremos (cons. sobretudo Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, 2.º 237) : 1.º o *Landbuch* do Appenzel de 1409; 2.º a *Reformation des Zentgerichtè* de Wurzburg de 1447 ; 3.º as *Ilalsgerichtsordnungen* de Nuremberg «desde o começo do século XIV, especialmente as de 1481 e 1526 ; 4.º o *Gestreng Recht* de Altorf e 5.º uma *Blutgerichtsordnung* de Zurich, ambas do século XV ; 6.º a *Måle-fizordnung* do Tyrol de 30 de Novembro de 1499 (imitada em Radolphzell em 1506 e em Laibach em 1514) ; 7.º a *Landgerichtsordnung* da baixa Áustria de 21 de Agosto de 1514 (reformada em 1540) ; 8.º a *Landtaiding* de Salzburg do século XV ; 9.º a *Halsgerichtsordnung* de Wittenhausen do século XV ou XVI; 10.º o «Formulário bavaro para o defensor juramentado» de 1518 • ao mesmo grupo pertencem também 11.º a *Churgerichtsordnung* reformada de Aix-la-Chapelle de 1577, e 12.º a *Halsgericht* criminal {H. Höxter de 1605.

Muito acima dessas tentativas legislativas, aliás em parte realmente hábeis, eleva-se pelo solido

conhecimento e clara exposição de materia- tão j vasta e árida, bem como pela simplicidade e justeza l das ideias fundamentaes, um outro trabalho que *seijm m* em todos os tempos glorioso documento da vocação j dos Allemães para a legislação — *a Constituição da | justiça criminal* de Bamberg de 1507 (*mater Caro-* § fina), introduzida com pequenas alterações nos priug,-cipados brandeburguenses de Ansbach e Bayreuth em 1516 (*soror Carolina?*). ⁽³⁾

O autor da constituição bamberguense foi ol barão Johann von Schwarzenberg e Hohenlandsberg⁽⁴⁾:i Nascido em 1463, dotado de uma força physica , quasi fabulosa, passou a sua mocidade, segundo os costumes cavalheirescos do tempo, a lançar os dados e em beberronias nas cortes senhoriaes do Rheno, até que uma carta paterna fel-o mudar de hábitos. Ligou-se a Maximiliano I e tomou parte gloriosa j em suas expedições militares (1485-1486). Logo depois entrou no serviço do visinho bispo de Bani-berg, e de 1501 até 1522 ahi se conservou, durante os governos de cintíb bispos, como mordomo e presidente do tribunal senhorial que se compunha de juristas. Em 1521 tomou parte na dieta de Worms, onde, como membro da regência imperial (1521 a 1524) e transitoriamente (1522) como representante do *JStatkouder* imperial fez notável figura. — Nesse ínterim as cousas tinham mudado em Bamberg. Desde 1522 governava o bispo Weigand, partidário do papa,

(³) Sobre as edições da Bamberguense ver Leitschub no *Repertorium für Kunsiwisscnschaft*, v. 9.º, 1886 (também publicado sem data). Frauenstädt mostrou na Z, 10.º, 8, que os tribunaes de Breslau julgavam também segundo a Bamberguense.

(*) Falta uma biographia completa. A obra principal é a de E. Hermann, *Johann Fr. tu Schwarzenberg*, 1741. Ver também o belío⁴ resumo *apud* Stintzing, *Qeschichte der d. Rechtsioissenschaft*, 1.º, 612 e seg.

[>e ScEwarzenberg, **quê por** palavras e por actos se pronunciara pela reforma teve de entrar, em 1524, como mordomo, no serviço dos marcgraves de Bran-denburg. Morreu em Nuremberg.a 21 de outubro de 1528, geralmente lamentado, e ainda annos depois era elogiado por Luthero. — Schwarzenberg exerceu também a sua actividade com ardor e successo, como escriptor popular; pelas suas poesias simples, mesmo sóbrias, mas profundamente repassadas do sentimento do dever, pelas suas polemicas contra os máos costumes do tempo, pelas suas traducções de Cicero (^a)| e pamphletos anti-papaes, elle procurou modificar toda a vida moral contemporânea. Não era jurisconsulto nem mesmo erudito o homem a quem deve-se o primeiro codigo do Imperio da Allemanha; era porém um verdadeiro allemão, dotado de um espirito perfeitamente são, notável como guerreiro e estadista, como poeta e campeão da reforma.

No desempenho de sua tarefa Schwarzenberg utilizou-se das seguintes fontes: 1.º o direito pátrio de Bamberg; 2.º a praxe da Allemanha meridional, especialmente a de Nuremberg; 3.º a reforma de Worms de 1498, talvez ainda uma ou outra das legislações da Allemanha meridional; 4.º a litteratura jurídica popular e portanto mediatemente os escriptos dos Italianos (é indubitável que utilisou-se do *Klagspiegel*; é provável que tenha consultado a *Summa Angélica* ou alguma de suas antecessoras); 5.º algumas leis imperiaes, como a lei sobre a paz publica de 1455. (⁵)

(•) ÍTÔtêîê`quê^Scîãwãrãêiãbêrg não conhecia a lingua latina. N. do trad.

(¹) Brunnenmeister, *Die Quellen der Bambergensis*, 1879, esforça-se| Ipo. demonstrar individualmente a proposição já avançada por Stobbe, cing e outros, que Schwarzenberg consultara directamente os es- iãs Italianos. Mais importante é affirmar que a substancia das

v£5_

IV. — Em consequência das representações do tribunal da Camará Imperial^{(6>}, já em 1498 a dietí? de Friburgo tomara a resolução de «promover uma reforma ou constituição geral para o Imperio sobre jj o modo de proceder *in criminalibus* ; » mas essa reso-lução não teve seguimento, e só em 1521 a dieta de Worms voltou de novo ao assumpto. A elaboração do projecto foi incumbida a uma com missão; esta tomou para base do seu trabalho a constituição bam-berguense, que no entretanto, e principalmente pelo *Layempiegel* (1509) de Ulr. Teugler (f 1510), tinha tido larga vulgarisação, mas utilisou-se também do chamado *correctorium bamberguense*, collecção das ordenanças complementares da Bamberguense decreta- < das de 1507 a 1516. Surgiram novos embaraços. I Por três vezes foi revisto o (1.º) projecto de Worms — nas dietas de Nuremberg (1524, 2.º projecto), j de Spira (1520, 3.º projecto) e de Augsburgo (1530, | 4.º projecto). Desde 1529 fizeram-se sentir as ten-4 dencias particularistas em manifesta opposição á geral l aspiração da unidade da legislação, e nomeadamente em 1530 a Saxonia eleitoral, o Palatinado Rhenano e o Brandeburgo eleitoral apresentaram os seus pro-vj testos contra o cerceamento dos respectivos direitos senhoriaes reconhecidos por títulos au th en ticos. Quando em 1532 o projecto foi afinal convertido em lei na dieta de Regensburgo, fez-se mister inserir no prefacio a denominada *clausula salvatoria*: «Nós por esta graciosa lembrança em nada queremos coartar os usos e costumes antigos, tradicionaes, legitimos

theses jurídicas de Schwarzenberg, apesar da vestimenta á romana, 6fl quasi sem excepção puramente allemã.

(•) Cons. a p. 17 — Malblanc, *Qeschichie der peinlichen Qsnshia-ordnung KarU V*, 1783; Güterbock, *EnUtehungageachichU der Karof* 1876; Stintzing, 1, 607.

e razoáveis dos eleitores, dos príncipes e das ordens
»⁽⁷⁾.

V. — A Carolina, como as constituições sobre a justiça criminal que a precederam e cuja influencia evidencia-se ao primeiro exame, toma o processo penal para objecto principal da sua regulamentação. Nesta parte ella estabelece as regras e princípios que, apesar de desviarem-se delles em muitos pontos as legislações territoriaes, imprimiram ao processo co min um da Allemanha o cunho que o caracteriza e que não se pode desconhecer. O direito penal material, de que tratam os arts. 104 a 208, occupa logar secundário. Em rigor só se encontra ahi enunciado um preceito que encerra pura e simplesmente direito coercitivo (art. 104) : nenhuma acção pôde ser punida com pena criminal, —e portanto com a morte ou a mutilação, — quando o direito romano não tenha comminado pena criminal contra a mesma acção (ou outra equivalente, — art. 105) ; o género de pena porém pôde ser determinado de accordo com o costume pátrio. Quanto ao mais, a lei não quer ser mais do que uma exposição do direito vigente para os escabinos chamados a pronunciar-o, e não versados no direito escripto (*). E de um modo su-

⁽⁷⁾ A mais antiga edição conhecida é a de 1633 (*editio princeps*?). A edição de Zopfl (a 3.ª ed. de 1883 concorda absolutamente com a 2.ª de 1876) contem em exposição synoptica: 1.º as cont. da justiça crim. de Bamberg e Bradenburgo; 2.º o projecto de 1621; 3.º o de 1524; 4.º a lei imperial. Quanto á primeira introdução, é utilisavel a ed. de Müllor na *Reclamschen Universalbibliothek* — Alegg editou (1887) as traducções latinas da Carolina de Gobber (1543) e Remus (1594).

(•) A Carolina conservou a velha instituição do tribunal dos escabinos, introduzida por Carlos Magno em substituição ás assem-bléas populares das tribus germânicas, mas alterou-a essencialmente para accommodal-a ao processo inquisitório que formava um perfeito

perior foi a Carolina accomniada a este fim: a sua linguagem clara e simples, precisa e de fácil intelligencia, torna-a uma obra clássica para o seu tempo. O legislador não pretendeu ir nem devia ir além deste objectivo. Não quiz crear embaraços á melhor comprehensão ou á melhor exposição do direito vi|| gente. A recommendação tantas vezes repetida de que nos casos duvidosos deviam ser consultados os entendidos em direito; mostra quanto preoccupava a Schwarzenberg deixar que a sciencia exercesse a sua influencia vivificadora sobre a administração da justiça.

Cumprir ter isto em vista, si se quizer apreciar devidamente a influencia do código, e especialmente a relação entre a Carolina e a legislação territorial.

contraste com o processo accusatorio, verbal e publico, do antigo direito. Os escabinos, que d'antes eram os exclusivos julgadores, os *urteilsfinders*, incumbidos de dar testemunho do direito, tal como existia na « convicção popular », ao passo que o *judex* exercia simplesmente a função de presidente do tribunal e de executor da sentença, converteram-se em meros assessores deste. E' verdade que na sessão final publica, no denominado *endliche Rechttag*, observavam-se as antigas formas; mas não passava isto de uma comedia — a sentença, talvez dictada por uma faculdade de direito de accordo com os autos, já estava de antemão lavrada. «Nessa comedia, diz John, figuravam o juiz, os escabinos, o accusador, o accusado, os advogados de um e de outro e por ultimo o mais importante personagem, o carrasco. O que se tinha de dizer, o que tinha de passar-se, estava tudo litteralmente prescripto na Carolina. O juiz interrogava os escabinos sobre o direito, estes o declaravam, o advogado do accusador propunha a accusação, o do accusado a impugnava; o juiz interrogava um dos escabinos sobre o julgamento da causa, o interrogado respondia de accordo com a sentença já reduzida a escripto. A sentença era então publicada e o juiz entregava o réo ao carrasco. » (*Strafprozess*, na Encyc. do Holendorff). — A instituição entrou em decadência e pelo fim da guerra dos trinta annos tinha geralmente desaparecido (ver E. T7U-uian, *Strafprozess*, p. 101). N. do trad.

As poucas disposições, que contém direito coercitivo, devem ser rigorosamente separadas das demais.

Comquanto, em relação a este segundo grupo de disposições, não possamos considerar a Carolina como um código no sentido moderno, e quiçá devamos considerá-la como uma compilação semelhante aos *Espelhos* do século XIII, ella foi do mais subido valor para o desenvolvimento subsequente do direito penal. Não só definiu os crimes com mais exactidão ⁽⁸⁾ e ás mais das vezes de um modo juridicamente preciso, senão também expoz com mais ou menos desenvolvimento, seguindo os Italianos, as idéas concernentes aos elementos e circumstancias geraes dos delictos, como a tentativa, a legitima defesa, a culpa etc. Assim, *pelo seu valor intrínseco*, a Carolina veio a ser a base, sobre que, durante três séculos, assentou o direito penal commum da Allemanha.

§ 6.º—O direito penal commum da Allemanha

LITTERATURA. "Wachter, *Gemeines Recht Deutschlands*, especialmente o direito penal commum da Allemanha, 1884; Hälschner, *Geschichte des bayerischen - preuss.*

⁽⁸⁾ Os crimes previstos na Carolina são: a blasphemia (art. 106), o perjúrio (art. 107), a violação da promessa de *non ulciscendo* (art. 108), a feitiçaria (art. 109), o libello diffamatorio (art. 110), a moeda falsa e a falsificação de documento, etc. (art. 111 a 114), a infidelidade do procurador judicial (art. 115), os crimes contra os bons costumes (libidinagem contra a natureza, incesto, rapto, estupro, adultério, bigamia, lenocínio, art. 116 a 123), a traição (art. 124), o incendio (art. 125), o roubo (art. 126), a sedição (art. 127), as ameaças que constituem uma coacção publica (*Landzwang*, art. 128), a guerra privada (art. 129), o homicídio (envenenamento, infanticídio, exposição de infante, aborto, suicídio, assassinato e homicídio simples etc, art. 130 a 156), o furto e o desvio (art. 157 a 175), a soltura de presos (art. 180). £ /

Stra/rechts, 1885; Seeger, *Die strafrechtl. Oonsilia TuMngemia*, 1877; Stintzing, *GeseMcMe der deutsclien RechUicissemchwft*; Stobbe, *Geschichte der deutseken RechtsqueUen*, 2? vol.; Schletter, *Die KonstiiuUonen Augusta von Sachsen de 1572, 1857*; Gessler, *Revista do Direito allemã*, 20?, (proj. wurtteinberguense de 1609); Oppenhoff, *Die Straf-rechtepflege de» Sehöffemtuhls zu Aachen seit ãem Jahre 1667*; v. Maasbnrg, *Die Galeerensklaven in den deutschen u. böhmischen Erblanden Oesterreichs*, 1885; Nypels, *Lee ordonnances de Philipps II (1579)*, 1856; Guntber, *Wieder-vergettung*, 2? v. coin copiosos dados; Pfenuiger, *Straf-recht der Schioeiz*, 93; Dargira, *Die Reeception der P. G. Q. in Pólen*, Be vista do Instituto Savigny, 10?—No seu conjuncto as fontes precisam ainda de uma investigação aprofundada.

I. — A LEGISLAÇÃO ATÉ O MEADO DO SÉCULO XVIII

I Como o Imperio liinitou-se, em materia de di-reito penal, a decretar penas contra um pequeno numero de actos pela maior parte de character policial (*) e somente nas ordenanças policiaes de 1548 e 1577 deu mais vigoroso impulso a sua actividade legislativa, coube aos Estados tomar entre mãos e tratar de um modo independente o desenvolvimento d'este ramo do direito. Com effeito, na segunda metade do século XVI e na primeira do século XVII, elles desenvolveram uma actividade fecunda e fora Ido commum. A Áustria e a Baviera, o Wurttemberg e a Saxonia, o Brandenburgo e o Palatinado riva-lisaram entre si e com os Estados menores na de-

(*) Gomo o facto de jurar e praguejar, o de excitar a beber, o adultério e o concubinato. Encontram-so também disposições sobre a violação da paz publica, a usura, o libello diffamatorio, a burla e a falsificação. — O *swffragium Imperii* de 1668 contra o duello não obteve força de lei, mas deu occasião a numerosos edictos territoriaes sobre este crime. — Das leis estrangeiras merecem menção a ordenança criminal de Francisco 1.º, rei de França (1639), e a de Philippe 2.º para os Paizes-Baixos (1670).

cretação de códigos completos, já independentes, já inspirados no direito territorial, e que ora copiavam literalmente ou, pelo menos, substancialmente cingiam-se à Carolina, e ora livremente elaboravam a matéria jurídica existente, tendo porém sempre em conta as disposições daquela lei imperial que versavam sobre o direito repressivo ^(a).

Pelo meado do século XVII cessou essa actividade legislativa dos Estados; em lugar de códigos geraes e definitivamente acabados appareceram umas intermináveis e ephemeras ordenanças de chancelaria que só por excepção autorizam a pôr-se em duvida o espirito do absolutismo *não esclarecido*. A' legislação territorial deve a sua origem ou o seu desenvolvimento uma serie de figuras criminaes, taes como a alta traição, a revolta e a sedição, a resistência á autoridade, o duello, o suicidio, a bancarota, o furto de caça, a offensa physica, a injuria e-outros.

Somente os trabalhos legislativos mais importantes podem ser aqui apontados.

I. — Áustria. 1.º No Tyrol a *Mulefizordnung* de 1499 passou para as ordenanças de 1526, 1532 e 1573 (a de 1532 foi a base da ordenança de Hen-neberg de 1539) ; influencia parcial da Carolina. |2.º Na baixa Áustria a ordenança de 1514 foi substituída por uma outra muito minuciosa decretada a 30 de Dezembro de 1656 por Fernando 3.º. Os projectos de 1666 e 1721 não vingaram. Excellente commentario de Bratsch, 1751. 3.º A ordenança judiciaria da Áustria superior do 1 de outubro de 1559 assenta sobre a da baixa Áustria de 1514. Reimpressão em 1627 (e não revisão, como diz incorrectamente Stobbe, 2.º, 409). Uma nova ordenança

61

^(a) *Contra*, vou Kries. 35, nota 2».

jud. (e não simples revisão), que concorda no essencial com a Ferdinandea (da baixa Áustria) de 1556, foi decretada por Leopoldo 1.º em 14 de Agosto de 1675. 4.º A ord. jud. para a Carniola de 18 de Fevereiro de 1514 assenta sobre a da baixa Áustria de 1514, bem como sobre a Carolina. 5.º A ord. jud. da Carinthia de 1577 encerra, pelo contrario, poucas disposições de direito penal. 6.º Na Styria Carlos 2.º introduziu a ord. de 24 de Dezembro de 1574 que frequentemente se basea na Carolina. E' certo que no século XVII vigorava na Styria, bem como na Carinthia e na Carniola, a Ferdinandea de 1556 (pelo que, quando a Theresiana se refere á Carolina, deve-se entender a constituição criminal de Carlos 5.º, e não, como se suppõe geralmente, a ordenança da justiça criminal da Styria). 7.º Quanto á Bohemia, cumpre mencionar a ordenança de Fernando 1.º de 1549, a de Fernando 2.º de 1627 e a ordenança reformada de 1765. 8.º A ordenança da Moravia do 1 de Julho de 1628 assenta sobre a da Bohemia de 1627. 9.º Na Silesia vigorava desde 1707 a ordenança criminal de José 1.º.

II. — Na Saxonia o eleitor Augusto publicou em 21 de Abril de 1572 as constituições saxonias, que exerceram influencia sobre o desenvolvimento do direito penal ainda além das fronteiras daquelle Estado. Os importantíssimos trabalhos que as precederam encontram-se nos «Consultationes constitutionum saxonicarum» muitas vezes impressas (ed. de Friderus Mindanus de 1616). São complementares as *Decisiones electorales* de 1661.

III. — Prússia. 1.º Na «região prussiana da Ordem » vigorava de preferencia o direito magdeburguense, collecção conhecida sob a denominação de *iur8 culmense*. Repetidas tentativas de reforma no século XVI, especialmente em 1594 o *jus culmense revisam*, o *Dantziger Culm*, que, sem obter força de

lei, era applicado pelos tribunaes. 2.º A instancias das ordens da Prússia oriental operou-se uma nova revisão, cujo resultado foi o « *Landrecht des Herzog-thums Preussen* » de 1620, composto por Levin Bu-chius (o 6.º Uvro trata do direito penal; influencia das constituições saxonias e de Damhouder). 3.º Reformas posteriores são o « *Brandenb. revidierte Landrecht des Hersogtums Preussen* » de 1685 e o « *Ver-bessertes Landrecht des Königr. Preussen* » de 1721 decretado por Frederico Guilherme e elaborado por S. v. Cocceji (o 6.º livro trata do direito penal; influencia de Carpzov). O projecto de um codigo concluido em 1721 (por Berger) não teve seguimento. 4.º Na marca de Brandenburgo os projectos de ordenança compostos pelos Diestelmeyers (pae e filho) de 1572 a 1594 não foram convertidos em lei. 5.º Em 1582 a ordenança criminal de Brandenburgo de 1516 foi de novo publicada com pequenas alterações. A julgar pelo prefacio, deve-se admittir, em opposição á opinião geral, que esse codigo devia vigorar também na Prússia, bem como é muito provável que já antes de 1582 tinha applicação em Brandenburgo. Cons. Giinther, Z., 12.º, 646.

IV. — Na Baviera a *Reformation des bayrischen Landrechts* de 1518 e o *Landrechts* de 1616 para a alta e a baixa Baviera. Nas disposições penaes d'esta ultima ordenança nota-se a influencia das constituições saxonias, e não raro são ahi resolvidas duvidas suscitadas pelo texto da Carolina.

V. — Palatinado. O *Kurpfalzische Landrecht* de 1852 (o 5.º livro trata do direito penal, assenta sobre a Carolina, tendo em attenção as const. sax.); foi também introduzido em 1606 no Palatinado superior (Amberg). Quando este passou á Baviera, aquella ordenança foi substituida pelo *Landrecht* de 1657, modelado pelo direito bavaro de 1616.

VI.— No Margraviado de Baden foram publica-

dos o direito territorial de Baden-Baden de 1588 (modelado pelo do Palatinado) e o de Baden-Durlach de 1654 (já impresso em 1622).

VII.— Em Wurttemberg já em 1551 os *estados* tinham pedido a elaboração de um código penal. O projecto, só depois de 1607 concluído, nunca chegou a ser vertido em lei. O *Landrecht* de 1610 porém e a *Landesordnung* de 1621 contém um certo número de disposições penaes.

VIII.— Nos demais territórios contentaram-se com imprimir simplesmente a Carolina ou com recomendar aos tribunais a sua observância; e onde isto não aconteceu e a nova edição dos códigos continha somente o direito antigo, como por exemplo as reformas dos decretos municipais de Lubek de 1586 e Hamburgo de 1603, não soffre dúvida que de facto vigorava a Carolina. Sobre a influencia da Carolina na Suíça, cons. Pfenninger, 80.

II.— A CIENCIA

E' lamentável o espectáculo que a principio nos offerece a litteratura allemã do século XVI sobre o direito penal. Está elle entregue ás mãos de copistas destituídos de espirito e de critica, a quem é tão alheio o direito romano quanto o germânico. Per-nerder (f. cerca de 1540) com a sua *Halsgerichts-ordnung* (publicada em 1544 e an. seg.) domina durante longos annos o mercado, especialmente na Baviera e no Tyrol; seguem-no Gobler (f. 1569, numerosos escriptos), König (f. 1526, *Pratica*, 1541), Rauchdorn (*Pratica*, 1564), Dornech (*Pratica*, 1576), Saur (Cod. penal, 1577). As suas compilações indigestas são successivamente reeditadas (Stintzine, 1.º, 630).

No entretanto fora da Allemanha a sciencia do ^ireito penal tinha tomado um rápido e brilhante incremento. Ao passo que os italianos, pelo meado do século e depois de Hippolytode Marsilliis (*|*1529) e Aegidius Bossius (f 1546), attingiram o seu ponto culminante em Julius Clarus (j* 1575), do qual foram gradualmente declinando por Tio. Decianus (f 1581) e Jacobus Menochius (f 1600) até Prospero Farinacius (f 1618), triumphava em França e na Hespanha (Tiraquellus e Covarruvias) o *mos gal-§licus*, o novo methodo da synthese. O mais notável representante d'esta escola no direito penal, António Matheus 2.º, oriundo da celebre família de lettrados |da Hesse, mas domiciliado na Hollanda onde exerceu os seus talentos, pertence, é certo, a uma epocha posterior (morreu em 1654, a sua obra de *Cnminihus* appareceu pela primeira vez em 1644, pela ultima vez em 1803). A sua influencia sobre a litteratura allemã foi muito menor do que a do seu predecessor Jod. Damhouder (f 1581), filiado á escola italiana ⁽⁸⁾. Não se pôde, porém, contestar que tenha havido progresso na Allemanha durante a segunda metade do século XVI. O êxito no *achar a sentença cri-*

(*) Sobre as relações de Damhouder com Philips Wielant de Oand, cuja obra suppõe-se ter eUe copiado, ver van Hamel, 1?, 51, nota 29 ^(a).

(*) Evidenciou-se posteriormente, diz von Hamel, que a obra vulgarizada por Damhouder sob o seu nome *{Praxis rerum criminalium}* era nada mais nada menos do que a *Pratica criminal* do jurista gan-|tense, Philips Wielant (1489—1619), segundo o unico manuscriptoj existente, casualmente achado e publicado por Aug. Orts. Gand, 1872. «Damhouder, escreveu este, enfeitou-se com as penas do pavão, e a fama européa de que gosa como criminalista, não passa de um bem illegitimamente possuido, tomado ao gantense Wielant, que é o seu unico e legitimo dono». — Nota do trad. L %S

minai ^(b) tornou-se cada vez maior, graças principalmente ao facto de serem ouvidas sobre os autos as faculdades jurídicas, que começaram logo a dedicar prelecções especiaes ao direito penal (primeira» mente em Tiibingen, Jena, Rostock, Ingelstadt); e ainda uma vez, como succedera na Itália da idade media, a união da sciencia e da administração da justiça mostrou-se propicia a ambas.

Numerosas collecções de *consilia* e de *disputationes* dão d'isto testemunho. Merecem menção Bocer, professor em Tiibingen, *Disputationes*, 1596 e annos seg. (*classis IV de criminibusj*, Petrus Theo-j doricus, professor em Jena (f 1640), *Collegium cri-minale*, 1618, 1671; Hunnius, professor em Giessen (•)* 1636), *Collegii criminalis disputationes*, 1621; Theod. Petrejus, doutor marburgense, *Thesaurus controver-sarum conclusionum criminalium*, 1598; G. D. Loka-mer, professor em Strasburgo (f 1637), *Centúria qucetionum criminalium*, 1523; Ad. Volkmann, *Tra-ctatus criminalis*, 1Q29 (3.* parte, *Consilia CriminaliaJ*.

O primeiro que na Allemanha applicou o me-thodo synthetico ao direito penal, foi Nic. Vigelus, professor em Marburgo (f 1600), nas suas *consti-tutiones Carolina publicorum judiciorum*, 1583, em que procurou demonstrar a conformidade da Carolina com o direito romano. Seguem a mesma direcção os professores de Tiibingen Vai. Volz (f 1581) e Joh. Harpprecht (f 1639; *Tractatus criminalis*, 1603), bem como o hessense Gilhausen (f depois de 1642; *Arbor judiciaria criminalis*, 1606). A Carolina ficou sendo o centro da actividade litteraria dos criminalistas. Os commentarios de Musculus, 1614, Zieritz, 1622, Stefani, 1626, Bulaus, 1631, Manzius, 1650,

^(b) *Vrteilfinden*, expressão jurídica da idade média, com que se designava a função do *jus dieere*. *Urteilfinder* era o prolator da sentença. — Nota do trad.

Blumblacher, 1670, Clasen, 1684, Otto, 1685, tem em conta as necessidades praticas da justiça (^o).

A sciencia do direito penal commum, baseada na Carolina, deve o seu florescimento aos juristas saxónicos do século XVII. Dominados das idéas communs tao profundamente arraigados em largas regiões da baixa Allemanha — idéas que o Espelho da Saxonia conservara e que não foram abaladas pelo direito estrangeiro — apoiados em uma legislação

* cõscia do seu fim e prestigiada pela geral consideração de que gosava, e inspirando-se na acção reciproca e sempre animada entre a sciencia e as necessidades da vida pratica, elles conquistaram a posição de directores do movimento no concernente á legislação, á litteratura e á administração da justiça. A Mathias Berlich (f 1638, *Conclusiones practicabiles*, 1615 a 1619) segue, mas com superioridade notável — Benedikt Carpsov (1595-1666), que com a sua *Pratica nova Imperialis Saxonia rerum criminalium*, j 1635, e outros escriptos fundou o methodo empirico e portanto uma nova sciencia allemã. Membro do tribunal dos escabinos de Leipzig e *ordinarius* da faculdade jurídica da mesma cidade, distincto pela sua capacidade scientifica, grande instrução e larga experiência, elle imprimio durante um século o cunho

(^o) Em Portugal a escola cujariana e o methodo « synthetico - demonstrativo - eompendiario » foram introduzidos na universidade de Coimbra pelos Estatutos de 1772. Esses Estatutos não crearam porém uma cadeira de direito criminal, o qual continuou a ser ensinado, como d'antes, pelos professores de direito civil. Mello Freire foi o primeiro j que tratou o direito penal portuguez systematicea e scientificamente. Referindo-se aos juristas portuguezes, assim se expressa elle na Introdução das suas *Irut. Jur. erim. IMS.* : « ego existi mo eos nihil fere minus sei visse quam jus nostrum criminale, cujus interpretationem suscepere; quippe vera principia ignorabant, et fontes seu proximos seu remotos, unde illius genuina interpretatio petit debet. » — Nota do trad.

IS⁴

do seu espirito sobre a justiça criminal da AUe-manha (*). Só no século XVIII conseguiu J. S. Bdmer (f 1772, *Observationes selecta ad Carpsovii praticam*, 1759) abalar e gradualmente abater a autoridade de Carpsov, que os seus adversários no século anterior, especialmente Oldekop (f 1667, *Observationes criminales pratico?*, 1633, 1639, 1654) e Brunnemann (f 1672, *Tractatus de inquisitionis pró-cessu*, 1648, commentario ao Código e às Pandectas, 1663 e 1670) tinham em vão atacado (^d).

O aprofundamento da sciencia do direito penal, que os juristas saxónicos iniciaram, manifesta-se nos commentarios á *Carolina* publicados no século XVIII. Ao lado de Stefani, 1702, Ludovici, 1707, Beyer, 1714, Meckbach, 1756, Scop, 1758 e outros, sobre-saem pelas suas excellentes contribuições Kress (*Commentatio succincta*, 1721) e J. S. F. Bohmer (*MeditationeSf* 1770).

De par com o florescimento dos estudos académicos apparecem, e rapidamente seguem-se uns aos outros, muitos tratados ou exposições systematicas,

„*JL

(!) Excellente perfil de Carpsov *apud* Stintzin, 2?, 65, e também *apud* Lõning. Z., 60, 679.

(^a) O merecimento de Carpsov consiste sobretudo em ter sabido apreciar melhor de que os seus predecessores o elemento germânico que se continha no direito penal commutn da Allemanha, dando assim a este independência em face da jurisprudência romano-italiana. Por outro lado, fervoroso sectário da tradição theologica, considerava elle o direito mosaico como um *jus divmum* que devia preceder ás próprias leis territoriaes, e defendeu a perseguição contra os feiticeiros. O facto de ter concorrido com o seu voto como juiz (si é verdadeira a tradição) para 20.000 sentenças de morte, dá testemunho do seu rigor, senão de sua crueldade. Comquanto puzesse na sombra o seu contemporâneo Berlioh, certo é que muito lhe devia, e por isso dizia-se que «nisi Berlich berlichisasset, Carpsov non carpsoviasset» (ver o juizo de Holzendorff, H H, 1?, 78, e de v. Bar, Handb. 144). — Nota do trad.

tendo por base a Carolina. Kirchgessner, 1706, Frolich v. Frolichsburg, 1709 (o seu trabalho não é um commentario, apesar do titulo), Beyer, 1711, n Gärtner, 1729, Kensmerich, 1731, J. 8. F. Bohmer, 1733, Engau, 1738, Meister sénior, 1755, Koch, 1758, Richter, 1763, Quistorp, 1770 o annos seg., Piittmann, 1779, Muller, 1786, Meister Júnior, 1789, Paalzow, 11789, Stelzer, 1793, Stiibel, 1795, Klein, 1736, e outros compõem tratados mais ou menos desenvol-_s vidos, ao passo que outros escriptores, como Struve (f 1692, *Dissertationes criminales*, 1671), Leyser (*f* 1752, *Meditationes ad Pand.*, 1717 e annos seg.), . Schilter (*Ezercitationes ad Dig. lib. 47 et 48*, 1676 e anno seg.), cingindo-se aos *Libri terribiles*, occupam-
 *se com questões do direito penal em explanações também mais ou menos desenvolvidas.

III.— A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Gomquanto a legislação imperial e a dos Estados, bem como a sciencia, em geral se tivessem conservado *até o meado do século XVIII no terreno da Carolina, a inevitável mudança das necessidades e das intuições ia determinando uma transformação, cada fvez mais profunda, no direito penal commum. Abstrahindo-se da criação de novas figuras criminaes e *do desenvolvimento das antigas, a que já alludimos, essa transformação aífetou sobretudo a *penalidade* da Carolina. I.⁹ *J*e um lado a applicabilidade á&pena ^ordinária estabelecida pela Carolina foi consideravelmente limitada por uma restricção artificial da idea do crime (assim exigia-se nos crimes da carne a *im-missio seminis*, no envenenamento a morte da victima, a viabilidade da criança no infanticidio, etc.) e de outro lado, dando-se alguma falta nas circumstancias ^constitutivas do facto, fazia-se uso de um modo quasi

A'

illimitado à *pæna extraordinária*, que, segundo Clarus e Carpsoy, nunca podia ser a pena de morte.— Em 1 2.º lugar,— e esta inovação é ainda de maior importancia — as penas mesmas de que lançara mão a Carolina foram substituídas por outras de género I diverso. Assim o uso de certos géneros de inortef aggravada e de mutilações tornou-se cada vez mais raro : em lugar de taes penas apparecem — além da | exposição no pelourinho, da marca a fogo, de castigos corporaes — a condemnação (apparentem ente 4 apoiada no direito romano) a trabalhos públicos, a construcções de estradas e fortificações, a serviços militares, ás galés, e especialmente — comquanto a principio limitada somente a delictos policiaes — á pena de detenção em casas de trabalho e de correcção (abaixo § 61). Como faltavam regras destinadas a estabelecer a relação das novas penas com as antigas e com o crime mesmo, a medida da pena foi-se tornando mais e mais um acto de *arbitrio judiciário*, e justamente nesta parte é que se patenteava do modo mais claro e irrecusável a necessidade de um remédio radical.

E' um facto assas característico d'este período a *perseguição dos feiticeiros* ^(B). Comquanto não falem ao direito romano e ao direito allemão da idade media disposições penaes contra o sortilégio, o crime de feitiçaria propriamente dito aparentado com a *herética pravitas* e caracterisado pelo pacto e por amores com o diabo data somente do século XIII. De crime contra a pessoa e contra a vida converteu-se em crime de religião e foi submettido á jurisdição da

(*) Wächter, *JBeiränge zur detdsohen Oeschichte*, 1845; Soldan-Heppe, *Oeschichte der Bexenprozesse*, 2ª ed. 1880; Stintzing, 1.º, 641. A nova litteratura *apud* Lönning, Z., 5.º, 236, 7.º, 689: Gúntber, Z., 11.º, 177, 12.º, 688, 14.º, 263. Sobre a attitude do tribunal da Camará Imperial, Ter a Z., 12.º, 909.



Egreja. Já o Espelho da Saxonia „(2,°, 13,7) classificara a magia com a incredulidade e o envenenamento, para os quaes reservava a morte pelo fogo. Entretanto o procedimento contra os feiticeiros des-envolveu-se lentamente na Allemanha. Apesar da bulia *Swmnis desiderantes* de Innocencio VIII do anuo de 1484 e do *Maliem muleficorum*, composto por Institor e Sprenger e que appareceu pela primeira vez em 1489, a Carolina manteve no art. 109 la concepção do direito secular e somente comminou a morte pelo fogo contra a magia que causa damno, devendo-se applicar nos outros casos uma pena arbitraria (°). Mas não tardou que a praxe judiciaria fosse alem; apoiada na nefasta doutrina dos *delictis §exceptis*, transpoz os limites traçados pela lei; o *Malleus maleficorum* é a sua estrella polar, e a des* medida applicação da tortura facilita o grande numero de queimas de feiticeiros, instituição cujo flo-rescimento coincide com o século XVII. Embalde homens pacíficos, como Molitoris, 1489, Agrippa von Nettesheim (f 1535), Weyer, 1563, o jesuíta Tr. v. Spee, 1631, e outros levantaram a voz contra ella; os adversários, tendo á frente Bodin, 1579, dei Rio, 1594, ficaram senhores do campo. Apar-tando-se da Carolina, as constituições saxonias de 1572 cominaram a pena de morte contra todos os casos de feitiçaria sem distincção e foram imitados [pela austríaca *Ferdinanda* de 1656 e pelo prussiano *§Landrecht* de 1685. Com o peso de sua autoridade muito concorreu Benedikt Carpsov para confirmar a credence, e só gradualmente conseguiram os escri-ptores do período philosophico eliminar da praxe ju-diciaria o procedimento contra os feiticeiros, tendo

(*) A reunião da heresia e da feitiçaria que se nota nos artg. 180 e 181 da Bamberguense não se encontra na Carolina pela suppressão do artigo referente á heresia, é 7

elles também n'esta parte Thomasius ⁽⁷⁾ por predecessor (f 1728, *De crimine magias*, 1701; *de origine^ ae progressu processus inquisitorii contra sagas*, 1712). | A legislação acompanhou lentamente o movimento. Ao passo que o *Landrecht* prussiano de 1721 (liv. 6.º, j tit. 5.º, art. 4.º), indo mais longe que o edicto de 13 de Dezembro de 1714, relegou a feitiçaria para* as regiões da phantasia, o *Codex crim. bavaricus* de j 1751 e a ordenança austríaca de 5 de Novembro de 1766 (em que assenta o art. 58 da Theresiana de ^ 1768) manteve a figura criminal da feitiçaria, mas com um certo scepticismo muito circumspecto. A ul- !* tima execução de feiticeiro que teve lugar em terri-í tório allemão eífectuou-se em 1749 (Wurzburg). Em , Grlaris (Suíça) a feiticeira Anna Gröldi foi torturada e decapitada em 1782 (°).

{°) Sobre elle consultar Nicoladoni, *Christian Tfiomasius*, contribuição para a historia da civilisação, 1888; Schrader, *Geschichte der Friedrichs-Universität Halle*, 2º v., -1894.

(*) Segundo v. Bar, a perseguição contra os feiticeiros nos séculos XVI e XVII dizimou certas regiões da Allemanha mais do que a peste e a guerra. No bispado de Bamberg, com uma população de 100.000 almas, foram executadas 285 pessoas de 1629 a 1630; um juiz de Tulda condemnou 700 em 18 annos. Em Portugal a feitiçaria | foi qualificada por uma lei de D. João I, que passou ampliada- , para o Cod. Aff. (l. 5, t. 42), o Man. (t. 33) e o PhiJ. (t. 8). As penas eram: morte, açoutes ou degredo, nas quaes porém ' não incorriam «os astrólogos». «Errónea é a supposição da existência de verdadeiros feiticeiros, diz M. Freire no seu *Cod. Crim.*, barbara a pena, e tão miserável a excepção a favor dos astrólogos que nenhuma desculpa pôde admittir ao tempo da ultima com— i pilação». Ao seu ver, «o melhor é desprezar e ridicularisar semelhantes delictos.» Por isso no tit. 8º comminou a pena de prisão por 15 dias) aos impostores; mas «03 que entenderem que são verdadeiros mágicos. ' e sortilegos, que podem por encantamento fazer bem ou mal, e pre- i dizer ou advinhar os futuros, serão logo pela primeira vez mandados para as prisões dos doudos.» — Nota do trad.

Mantendo-se no terreno do direito *commum*, apesar de achar-se este findo, a legislação da Baviera e da Áustria do meado do século precedente traz os caracteres de um período condemnado a perecer. Como testemunhos orgulhosos do grande passado do direito *commum*, penetram pela nova idade que surge as duas produções mais importantes da sciencia daquelles dias já abalada em seus alicerces, a saber:

1. O *Codex júris eriminalis Bavarici* de 7 de Outubro de 1751, composto e commentado por Kreyt-meyer (f 1790).

2. A *Constitutio eriminalis Theresiana* para os paizes hereditários d'Austria de 31 de Dezembro de 1768, na qual se nota a influencia das ideas de J. S. F. Böhmer. Cons. Wahlburg, *§Klein. Schriften*, 2.º, 115; von Maasburg, *Zur JSnt-stehungsgeschichte der Theres. Hòls.-G.-O.*, 1880; J. L. B. Banniza, *Delineatio júris crim. secundum constitutionem Carolinam ac Theresianam*, 2 v., 1773; Berner, *§Die Strafgeseztgebung von 1751 bis zur Gegenwart*, 1867.

§ 7.º—O período philosophico ^(a)

LITTERATURA. Löning, J5. 39, 219; Cantú, *Beccaria* *Se il diritto penale*, 1862 (trad. franceza com introdução e notas de Lacointae Delpech, 1885); Franck, *Die Wolffsehe Strafrechtswissenschaft und ihr Verhältniss zur Criminalpolitischen Aufklärung im 18. Jahrh.*, 1887; Hertz, *Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18. Jahrh.*, 1887; Stölzel, *Karl Gottlieb Suarez*, quadro da organisação e da administração da justiça, 2 v., 1888; Günther, 29, 160.

^(a) A expressão *Zeitalter der Aufklärung* designa a segunda metade do século passado, isto é, o período dos encyclopedistas.— Nota do trad. 13

Depois que abatera-se a autoridade de Carpsov sob os golpes cada vez mais violentos dos seus adversários, a praxe da justiça penal na AHemanha perdeu o seu ultimo sustentáculo. A legislação imperial emmudecera e a territorial exgotara-se a produzir, em grande numero, pequenas ordenanças; lettrados e juizes olhavam a Carolina com igual desprezo. Si a situação da administração da justiça penal se tornara assim completamente insustentável, ocorriam outras circumstancias extrínsecas que acce-leravam a mina do direito penal. Baseada nas grandiosas descobertas das sciencias naturaes (Copérnico, f 1543; Kepler, f 1630; Galileu, f 1642), uma nova intuição do universo penetrara triumphante no espirito humano. Desde que a sciencia cessara de ser serva da theologia, o Estado e o Direito tiveram de comparecer ante a razão humana para sujeitarem-se ao seu exame critico. Apenas Hugo Grocio (j- 1645) elevou o direito natural á categoria de sciencia independente, empenhou-se a discussão sobre os fundamentos do direito de punir. Hobbes (f 1679), Spinoza (f 1677), Locke (f 1704), assignando á pena como fins a emenda ou o aniquilamento do culpado e a intimidação geral, a referiam ao instinto da própria conservação, ao passo que S. von Cocceji, o grão-chancellor da Prússia (f 1765), a referia, como justa retribuição, a um mandato divino (^x).

Não tarda que a indagação philosophica penetre directa e immediatamente na vida pratica. Os propagandistas allemães apoiam-se em Pufendorf (f 1694) (²)

(>) Grotius, *De jure belli ae pacis*, 1625; Hobbes, *De eive*, 1640, *Leviathan*, 1651; Spinoza, *Tractatus tkeologo-poliiticus*, 1670; Locke, *On governmeni*, 1680; S. v. Cocceji, *Elemento juttitias naturalis et Romana*, 1740; *Introduetio ad Grotium illustratum*, 1751.

(») Pufendorf, *De jure natura et gentium*, 1672; Thomasius, *Fundamentum júris natura et gentium*, e muitos outros escriptos;

que repelle explicitamente as ideias da doutrina da retribuição ; mas quem lhes serve de órgão é o hábil discutidor Christian Thomasius, professor de Halle § (ver o § 6.º, nota 7). Na luta contra o direito romano e o direito canônico tradicionais, eles representam de um modo cada vez mais accentuado o racionalismo do Estado policial. Esta concepção, elevada por Christian Wolff (-) • 1754) a um systema que a tudo se estende, I exerce decisiva influencia sobre a legislação prussiana. Notas mais vibrantes fizeram-se ouvir do outro [lado do Reno. Com fina zombaria Montesquieu I (-j- 1755) atacou o direito penal vigente em suas [bases, e logo se dissiparam no espirito versátil do f grande Frederico os últimos vestígios da influencia | de Wolff. Voltaire (f 1775) e J. J. Rousseau (f 1778), o primeiro com a habilidade do homem I de alta sociedade, e o segundo com os penetrantes conceitos do pensador entusiasta, continuaram a obra começada pelo político Montesquieu. (3)

Uma circunstancia ocasional veio pôr em chamas o já fumegante edificio do velho direito penal. Em 1762 o negociante protestante Jean Calas foi injustamente condemnado e soffreu o supplicio da roda em Toulouse, como assassino de seu próprio filho. O velho Voltaire accusou a justiça franceza de ter commettido um assassinato judici-

D. Fischer, *De poenarum humana/rum abusu*, 1712; Chr. G. Hoffmann, *De insignioribus defectibus jurisprudentie criminalis Germanicce eorum-que emendatorum ratixme ac mediis*, 1731. — Engelhard, *Versuch emes aUgemeinen peinlichen Rechts aus den Grundsätzen der Weltweisheit und besonders des Rechts der Natur hergeleitet*, 1756 (era intima ligação de ideias com Wolff).

(8) Montesquieu, *Letiree persanes*, 1721, *Esprit des lois*, 1748. Em communhão de ideias com elle, Frederico II, *Sur les raisons §d'itablr ou d'aôroger les lois* (trabalho escripto ainda em 1748).—Voltaire, numerosos escriptos. Rousseau, *Contra social*, 1762. TV

ario, lançando contra ella um dos seus mais vehe-
 mentes escriptos, e de um só rasgo poz a opinião
 publica do seu lado. Assim era natural que encon-
 trasse ruidosa repercussão em todos os paizes a
 obra de Beccaria (f 1794), *Dei delitti e delle pene*,
 1764 (traducção Glaser, 2.ª ed., 1876), em que o
 escriptor italiano profligava desapiadadamente os
 erros e os abusos que se tinham introduzido na
 administração da justiça criminal e com palavras
 vibrantes pedia uma reforma radical. O premio an-
 nunciado em 1778 pela Sociedade Económica de
 Berne provocou o apparecimento de numerosos es-
 criptos, e foi obtido pelo *Abhandlung von der
 Criminalgesetzgebung* de Globig e Huster (publicado em
 1783). Sonnenfels (1817) na Áustria (já desde 1764), §
 Filangieri (f 1788) na Itália, Hommel, Wieland, § v.
 Soden, Kleinschrod (f 1824) e muitos outros
 apresentaram á porfia projectos de reforma (4),
 principalmente entre os annos de 1780 a 1790.

II.— As ideas capitães do período philosophico
 (protecção da liberdade individual contra o arbítrio -
 judiciário, suppressão da tortura, abolição ou pelo menos
 limitação da pena de morte, accentuação da these de que
 a pena só tem fins politicos, desprezadas todas as
 exigências religiosas ou puramente moraes) cedo
 encontraram acolhimento na legislação penal dos mais
 importantes paizes. Na Rússia já em 1767 Gatharina II,
 nas suas notáveis «instrucções á commissão incumbida
 de elaborar o projecto

(4) Pilangerie, *Seienza della legia*, 1780 e annos seguintes;
 Wieland, *Geut der peinlichen Geseize*, 1783, 1784; Gmelin,;
Grundsälze der Qüetzgebung über Verbrechen und Srafen, 1785; Soden,
M der peinluhen Gtaetzgebung Deutschlands*, 1792; (r. Reder), *Dm
 §pelnlliche Keckt nach den neusUn Grmutmtzen vollatändig ai
 undwüü Gedanken über den Entus. zu tinempemlichen Geêetzbuch*, é
 partos, 1788, 1784.

ide uma nova lei», tentou traduzir na linguagem do legislador *l'Esprit des lois de Montesquieu*; o espírito de Beccaria resumbrava no cód. penal da Toscana de 1786 decretado por Leopoldo II; na Áustria Sonnenfels triumphou depois de longas lutas; na Prússia Frederico II encetou o caminho das re-formas, desde que assumio o governo.

I.— Na Áustria José II publicou em 2 de Abril de 1787 a lei sobre os crimes e as penas de 13 de Janeiro do mesmo anno, a qual debaixo de todas as relações contrastava com a Theresiana. Eisenmann (Z, 13.º, 524) dá noticia de uma traduc-ção official, latina e italiana, que não nos é conhe-

[cida. E' erro affirmar-se (como mostra Eisenmann, p. 523) que esse código nunca entrou em vigor.

Importantes noticias nos dá este escriptor sobre a historia do trabalho legislativo em questão. Linguagem breve e concisa, despotismo esclarecido, substituição da pena de morte por penas de prisão crudeli^simas e que podiam prolongar-se até um século, inadmissibilidade da analogia, definições defeituosas, taes são os traços característicos do Cod. Josephino. Depois de reintroduzida em 1795 a pena de morte contra a alta traição, foi elle publicado com muitas alterações a 17 de Junho de 1796 (em vigor desde o 1.º de Janeiro de 1797) na Galicia occidental que havia sido recentemente reunida á Áustria, e em 3 de Setembro de 1803 (em

[vigor desde 1.º de Janeiro de 1804) em toda a monarchia com emendas numerosas e substanciaes,

Pe assim, mediante a edição correcta de 1852, veio a formar a base do vigente código penal austríaco. — Cons. Wahlberg, *Kleinere Schriften*, 3.º, 1; v. Maasburg, *Die Strafe des Schiffzieliens in Oesterreich* (1783-1790), 1890 — Um excellente trabalho sobre o cod. de 1803 encontra-se no *Oester. krim. | Recht nach seinen Gründen und seinem Geiste von 1803*

de Janull, 4 v., 1808 -1815. Exposições do cod. pen. josephino por Sonnleithener, *Anmerkungen*, 1787, de Luca, *Leitfaden*, 1789.—O cod. penal de 1787 serviu também de fundamento ao *Règlement provisionel pour la procédure criminelle* (Bruxelles, 1787), que foi introduzido nos Países Baixos austríacos em 1787 e por isso influio em muitos pontos importantes sobre a legislação da revolução franceza. A este respeito póde-se consultar presentemente Eisenmann, Z., 13.º, 523.

II.— Na Prússia o governo de Frederico II desenvolveu incançavel actividade em materia de legislação penal (cons. Stölzel, *Brandenburg- Preussens Rechtsverwaltung*, 2.º, 229). Depois de numerosas correcções sobre pormenores, a reforma terminou pelo *Direito commun* prussiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht*, publicado a 20 de Março de 1791, suspenso a 18 de Abril de 1792, de novo publicado a 5 de Fevereiro de 1794; em vigor no 1.º de Junho de 1794). O *Allg. Landrecht* prussiano trata do direito penal no titulo 20.º da 2.ª parte em 1577 artigos. A Klein (f 1810) coube a parte principal na redacção; o trabalho de Globig e Huster não deixou de ter influencia. Com a sua commoda lar-jueza, a sua inquieta solitudine, o seu cuidado de medidas preventivas que vae até o ridículo, em suas penas em geral brandas e as suas definições pela maior parte praticas, esse documento legislativo apresenta um quadro caracteristico das ideas que dominavam no *Estado policial* civilisado. Com-quanto pouco corresponda ao typo de um codigo moderno, foi elle uma solida e vigorosa contribuição mui apropriada a promover o desenvolvimento subsequente do direito penal. ^(a)

(^a) O «período philosophico» é representado em Portugal pelo go-^o D. José e do seu poderoso ministro, o marquez de Pombal

§ 8.— A legislação penal do século XIX

LITTEKATURA. — Sobre a legislação dos Estados da Allemanha, Berner, *Die Strafgesetzgebung von 1751 bis zur Gegenwart*, 1869; copioso material encontra-se nos commentarios dos codigos; noticias mais surumarias em Stenglein, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, 1857. — Sobre a legislação dos paizes estrangeiros, *La législation pénale comparée*, publicada pela União internacional de direito penal, 1.^o v., 1894.

I.— Depois que passou o período critico philosophico, surgiu tanto para a legislação como para a Isciencia do direito penal um novo período de trabalho mais calmo e mais fecundo. Em França o movimento que logo se estabeleceu com a grande revolução produziu primeiramente o *Code penal* de 3 *§Brumaire*, anno 4.^o, composto por Merlin, tendo por objecto principal o processo penal, e depois o *Code pénal* napoleónico de 1810 (projecto de 1804, continuação dos trabalhos em 1808, o cod. começou a vigorar no 1.^o de Janeiro de 1811); trabalho este

Jaue, assignalando-se pela sua linguagem technica, precisa e clara, exerceu larga e profunda influencia
T—nem sempre favorável — sobre a legislação dos paizes estrangeiros, e principalmente sobre a dos paizes latinos. Comquanto o rigor das comminações

(lei da boa razão, reforma dos estatutos da universidade de Coimbra do 1772 etc). No seguinte reinado de D. Maria I tentou-se reformar os cinco livros da Ord. ; nnmeou-se uma commissão para este fim (Decr. de 31 de Marco de 1778), raas sendo passados cinco annos sem appa-recer o resultado dos seus trabalbos, foi encarregado Mello Freire (carta regia de 22 de Março de 1783) da reforma do cod. do direito publico e criminal, obra que o illustre jurisconsulto terminou em quatro annos. O «Codigo Criminal intentado pela rainha D. Maria I» não converteu-se em lei, mas foi por três vezes publicado, sendo a ultima ed. a de 1844. N. do trad. "A

do código de 1810, que emanam do mais rígido I princípio da intimidação, tenha sofrido desde 1832 repetidas e consideráveis atenuações, a sólida textura de suas definições, digamos assim, tem permanecido intacta. A este longo período de repouso deve a jurisprudência francesa a clareza e segurança de suas decisões; mas nessa mesma immobility está a causa do entorpecimento da ciência do direito francês, a que ha dezenas de annos tem faltado um vigoroso impulso.

II.— Os códigos allemães do século XIX. A historia da legislação penal da Allemanha no século XIX até 1870 divide-se em duas grandes secções separadas pelo apparecimento do cod. prussiano de 1851. Uma viva emulação, como não encontra-se igual nesse período em nenhum outro ramo de legislação, fez-se sentir nos Estados da Confederação germânica; os resultados do direito commum, experimentados durante séculos e definitivamente adquiridos, e as exigências do período philosophico tinham de ser combinados com as necessidades resultantes das relações jurídicas do novo século, com os postulados da philosophia especulativa e com as investigações da sciencia histórica do direito.

I. — Os códigos penaes da Allemanha antes de 1851.

1.º—A precedência cabe á Baviera. Primeiro quanto á ordem chronologica entre os códigos penaes da Allemanha, o código bavaro é também de todos o mais importante quanto á substancia. Apesar das muitas faltas em que incorreu elle levou a nomeada da arte da legislação na Allemanha muito além das nossas fronteiras e triumphantemente sustentou o confronto com o *Code penal* francez.

A critica de Feuerbach (*) (publicada em 1804)

(¹) Sobre Feuerbach, cons. o § 9., nota 1.º.

[ao projecto de Kleinschrod de 1802 deu lugar a áSer aquelle incumbido de elaborar um novo projecto. |0 seu trabalho, concluido em 1807 e discutido pela I commissão de legislação, foi impresso em 1810 e [depois de nova discussão publicado como codigo [a 16 de Maio de 1813. Commentario official (*An-mierJcungen*) de Gonner, unico authorisado, 3 v., 1813-1814. Em 1814 foi introduzido em Oldemburgo. [Exerceu influencia sobre a subsequente legislação da Saxonia, do Wurttemberg, do Hanover e de I Braunschweig.

2.º—Saxonia. Tittman e Erhard foram incum-Lbidos em 1810 de elaborar um codigo. Os seus [projectos (Tittman, 1813, Erhard, 1816) serviram [de base ás discussões de uma commissão, cujo re-sultado foi o projecto de 1824 elaborado por Stubel. A morte deste e a de Tittman sustaram a continuação dos- trabalhos. O projecto de Gross porém, composto em 1834 e 1835, veio a ser o codigo |criminal de 30 de Março de 1838. Commentarios de Gross, 1838, Weiss, 1841 e annos seguintes, Held e Siebdrat, 1848.

3.º — O cod. saxonio de 1838 foi imitado por quatro dos Estados da Thuringia, a saber, Weimar [1839 (projecto de 1822), Altenburgo, 1841, Mei-ningen 1844, Schwarzburg-Sondershausen, 1845. O cod. saxonio sérvio também de base ao chamado "cod. thuringiano (projecto de 1849) que com modificações sobre minudencias foi introduzido em 1850 [• em Weimar, Sondershausen, Rudolstadt, Anhalt, Mei-ningen e Coburgo, em 1851 em Gotha, em 1852 em Reuss nova linha, em 1864 em Anhalt-Bernburg, onde desde 1852 entrou em vigor o cod. prussiano de 1851, e finalmente em 1868 em Reuss velha linha. Altenburgo porém conservou o seu cod. de 1841. 4.º — Wurttemberg. Os primeiros trabalhos de 1810 e 1813 (4 projectos) não deram resultado.

O mesmo succedeu ao projecto de 1823 organizado por v. Weber. Applicava-se provisoriamente 3 edicto de 17 de Julho de 1824 sobre as prisões éjj os diversos géneros de penas. O cod. do 1.º de Março de 1839 basea-se sobre os projectos de 1832 I (impresso como manuscrito), de 1835 (ed. de 1835; I o relatório da commissão da camara foi impresso em '» 1837) e de 1838 (este ultimo de accordo com as resoluções das duas camaras). Foi modificado em 1849, 1853 e 1855. Bj Knapp, *Das wurtembergische KriminalrecM*, exposto em notas ao tratado de Feuerbach de 1828-1829. Wächter, *Die Strqfarten und Strafanstalten des i Konigreichs Württemberg*, 1832. Commentarios de Hepp, 3 v., 1839 - 1842, Hufnagel (f 1848) 2 v., 1 1840-1844, *Exposição sumaria*, 1845.

5.º—Hannove*. Os trabalhos encetados em 1823 deram em resultado o projecto publicado em 1825 (principal collaborador A. Bauer, que em 1826 publicou o projecto annotado e em 1828 e 1831 lhe accrescentou novas notas). De 1825 a 1830 foi o projecto revisto e n'este ultimo anno apresentado ás camaras, que terminaram os seus trabalhos em 1838. Publicou-se oCodigo a 8 de Agosto de 1840. Numerosas leis complementares.— Commentario de Leonhardt, 2 v., 1846-1846, resumo, 1860.

6.º— Braunschweig. O projecto apresentado pelo governo ás camaras em 1839 (principaes collaboradores v. Schleinitz e Breymar) converteu-se no cod. de 10 de Julho de 1840, que de 1843 a 1870 vigorou também em Lippe-Detmold.

7.º— Hesse-Darmstadt. Projecto de Knapp, 1824, revisto em 1831, tendo a revisão por base um parecer de Mittermaier. Projecto de von Lindelof, 1837 (impresso como manuscrito). Em 1839 apresentação do projecto que foi ainda uma vez revisto (relatores von Lind e Breidenbach). Publicação do

cod. penal em 18 de Outubro de 1841. Foi. modificado em 1843-1844 (somente a parte geral).— O cod. de Hesse vigorou também em Nassau de 1849 até 1867, e em Francfort sobre o Main desde 1857, em Hesse-Homburg desde 1859.

8.º—Baden. Edicto penal que, baseando-se sobre o direito *commum*, tinha por fim uniformisar a administração da justiça criminal. - Desde 1836 uma [comissão especial empregou-se em organizar um projecto (o primeiro foi impresso em 1836), que em 1839 foi apresentado á segunda camara. Modificado em 1840 de accordo com as resoluções desta, e em 1851 de accordo com as da primeira camara, foi publicado como cod. a 6 de Março de 1845, entrando em vigor no 1.º de Março de 1851.— Commentario de Thilo, 1845, Puchelt, 2 partes, 1866-1868.

II.— O codigo penal prussiano de 1851.

A importante ordenança circular de 26 de Fevereiro de 1799 sobre a punição do furto e de outros ; crimes analogos é o ultimo termo da politica criminal § seguida tão consciante e vigorosamente na Prússia [desde que Frederico II assumio o governo. O movimento dos trabalhos concernentes á reforma tornou-se incerto e hesitante desde o começo do novo século. Pela ordem de gabinete de 26 de Julho de 1826 foi creada uma grande comissão (sob a presidencia do ministro da justiça, conde Dankelmann) incumbida da revisão geral da legislação prussiana. A discussão do direito penal (primeira incumbência) foi commettida a uma comissão especial, tendo por presidente von Kamptz (então director no ministério da justiça), como membros Sack e Fi-schenich, e como relatores Schiller no concernente aos crimes contra o patrimonio, e Bode quanto aos demais trabalhos. Resultado: a apresentação do

projecto (projecto da comissão) que se imprimio de Novembro de 1828 a Fevereiro de 1829 acompanhado de quatro volumes de motivos.

Discussão do projecto na grande comissão de revisão das leis, bem como no ministério. Resultado, | o 2.º projecto (parte geral da lei penal), 1830.

Depois que von Kamptz assumio a pasta da justiça (1830), teve lugar uma nova revisão que deu em resultado o 3.º projecto (revisto). Primeira parte codigo criminal e motivos, 1833; segunda parte leis de policia criminal e motivos (como 5.º volume dos motivos acima mencionados), 1833. Em 1834 accrescentaram-se vários supplementos, principalmente ás contravenções policiaes.

Sobre esta base nova discussão, de que resultou em 1836 o 4.º projecto (revisto) com o accrescentamento de um confronto (organizado por Weil) das leis penaes estrangeiras, 5 partes, 1838 a 1841.

Pela ordem de gabinete de 4 de Fevereiro de 1838 o exame subsequente foi incumbido a uma comissão especial composta de membros do conselho de Estado, a qual funcionou de Março de 1838 a Dezembro de 1842. Ao mesmo tempo começou a discussão dos princípios geraes em assembléa plena do conselho de Estado, discussão que prolongou-se de Dezembro de 1839 a Janeiro de 1843. Resultado, o 5.º projecto de 1843 com as actas das deliberações, 3 partes, 1839 - 1842. Confronto dos três projectos (1.º o de 1836, 2.º o projecto aliás não impresso da comissão especial, 3.º o do conselho de Estado de 1843) publicado em 1846 pelo ministro von Kamptz.

O projecto, acompanhado de uma memoria que continha 64 questões, foi apresentado na primavera de 1843 ás oito dietas (provinciaes) e remettido a diversas autoridades e a diversos letrados. Baseando-se nas criticas e nos pareceres que foram emit-

tidos (especialmente pelas dietas provinciaes, — a do Rheno apresentou um novo projecto com motivos), Bischoff procedeu em 1845, sendo ministro da [justiça Savigny, á revisão do projecto de 1843 (3 volumes), de que resultou o 6.º projecto (revisto) de 1845.

O exame ulterior foi feito desde Outubro de 1845 até Julho de 1846 pela commissão especial. Em Dezembro de 1846 ella apresentou o 7.º projecto ao conselho de Estado. Debates da commissão, 1846. No entretanto fizeram-se sentir as aspirações particulares dos paizes do Rheno (^a). Uma memoria de Ruppenthall escripta em 1846 servio-lhes de órgão. A nova discussão deu em resultado o 8.º projecto de 1847 com motivos. Novos debates da commissão, 1847.

Este projecto 8.º, acompanhado de 19 questões principaes, foi apresentado á commissão permanente i das dietas convocadas a 3 de Dezembro de 1847 para funcționarem reunidas, e discutido tanto na secção preparadora como na assembléa plena da commissão até 6 de Março de 1848. Cons. Bleich, *Debates da commissão*, 4 v., 1848.

Os acontecimentos de Março interromperam o seguimento da discussão. Foi o ministro da justiça Simons quem recommçou os trabalhos. A 10 de Dezembro de 1850 elle apresentou á segunda camara [o 9.º projecto com motivos (publicado em 1851). Afinal os esforços sustentados durante tantos annos tiveram o desejado resultado. Após aprofundada discussão em ambas as camaras, o novo codigo penal obteve a 14 de Abril de 1851 a real sancção e

(^a) Na provincia rhenana, adquirida pela Prússia em 1816, vigorava o C. p. francez que alli se desejava fosse imitado pelo novo cod. N. do trad. ~tQ

começou a vigorar no 1.º de Julho do mesmo anno. (*)

Era manifesta a influencia dos juristas rhenanos : nas disposições sobre a tentativa e a cumplicidade, fã penalidade e o direito criminal internacional, a divisão tripartida das infracções e as circunstancias attenuantes, o codigo prussiano estava sob o dominio ; do *Code penal* francez.

LITTERATDRA. Commentarios de Goltdammer, *Materiaes*, 2 partes, 1851-1852, de Beseler, 1851, Oppenhoff, 1856 e annos seguintes; tratados de Temme, 1853, Hålschner, 1855-1868, Berner, 1857 e annos seguintes.

O Cod. prussiano, com ou sem modificações, J foi introduzido em 1852 em Hohenzollern e Anhalt-I Bernburg (até 1864), em 1855 em Waldeck e Pyrmont, em 1858 em Oldenburg (onde em 1837 havia sido publicado o cod. de 1814 com muitas addições), e em 1863 em Liibeck.

Uma ordenança de 12 de Dezembro de 1866 publicou as duas primeiras partes do Cod. prussiano em Francfort sobre o Main. A ordenança de 25 de Junho de 1867 mandou que nos territórios novamente adquiridos o mesmo Cod. (em Francfort a I 3.^a parte delle) com a redacção da 3.^a edição official (de 1859) começasse a vigorar desde o 1.º de Setembro de 1867. Assim foram abolidos: 1.º em Nassau, Hamburgo e Francfort o cod. de Hesse de 1841; 2.º em Hannover o cod. de 1840 ; 3.º em Hesse - Cassei e Schleswig - Holstein o direito commum.—Sobre a Hesse eleitoral, onde um projecto elaborado em 1849, não chegou a ser apresentado, vêr Hersting, *Das Strafrecht in Kurhessen in einzelnen Abhandlungen*, 2 v., 1853 - 1854. Sobre o

(*) O direito commum vigorava ainda então na Pomerania anterior e na parte oriental do Rheno pertencente ao distrkto de Coblentz.

f Schleswig -Holstein (proj. de Eggers, 1808, proj. de 1840, 1849, 1866) ver Kramer, *Versuch einer systematischen Darstellung des peinlichen Rechts*, 1789, Schirach, *Handbuch des schleswig-holsteinschen Kriminalrechtes*, 2 v., 1828 — 1829.'

III.—A legislação penal territorial depois de 1851

I 1.º — Saxonia. A reforma do C. p. de 1838 tornara-se inevitável depois dos acontecimentos de 1848 que tão profunda influencia tiveram. A comissão organizada em Junho de 1848 (relator Krug) apresentou em Junho de 1850 um projecto que não teve seguimento. Em Abril de 1853 um novo projecto foi apresentado aos representantes das ordens e veio a ser o C. p. de 13 de Agosto de 1855 que começou a vigorar em 1 de Outubro de 1856. O C. p. de Reuss, linha antiga, de 27 de Novembro de 1861, em vigor desde o 1.º de Maio de 1862, é uma imitação do C. saxonio. Em 1868 este foi em parte modificado, sobretudo com relação á penalidade.

Commentarios de Krug, 2.ª ed., 1861-1862, Siebdrat, 1862, v. Schwarze, 1868. Exposição systematica de Wächter, 1857-1858 (incompleta).

2.º — Baviera. Alguns annos depois da publicação do C. p. de 1813, fez-se sentir a necessidade de uma completa reforma. O 1.º projecto organizado por Goimer provocou quasi geral desapprovação. O 2.º projecto de 1827, cujo principal autor foi v. Schmidleins, não teve melhor sorte. Ao 3.º projecto elaborado por Stunzer não se deu seguimento. Interromperam-se os trabalhos e só em 1848 foram elles continuados. O ministro da justiça, von Kleinschrod, apresentou ás camaras em 1851 a parte geral de um 4.º projecto, e em 1853 V um 5.º projecto completo e acompanhado de motivos (ed. era oitavo de 1854). Von Ringelmann, suc-

*0

cessor de Kleinschrod, apresentou de novo este ultimo projecto sem alterações em 1855. As profundas divergeneias que surgiram entre o gó- -verno e a representação nacional deram lugar a que I em Março de 1858 se interrompesse bruscamente^ a discussão. Só em Junho de 1860 o novo minis-1 terio apresentou ás camaras o 6.º projecto revisto. I Os trabalhos progrediram então rapidamente, e o? novo C. p. de 10 de Novembro de 1861, modelado pelo prussiano, entrou em vigor no 1.º de Julho I de 1862.

Commentarios de Hocheder, 1862, Weis, 1863-1 1865, Dollmann (f 1867) e Risch, 1862 -1868, 1 Stenglein, 1861-1862.

3.º — Em Hamburgo julgou-se conveniente, ainda em 1869, decretar um novo C. p. que vi-? gorou do 1.º de Setembro do mesmo anno até o 1.º de Janeiro de 1871 (projectos antigos, o de 1848 organizado por Trummer para as três cidades han-seaticas, revisto em 1849-1851; em 1862 novo projecto, publicado em 1864).

III. — Em 1870 era este o estado da legis- I lação penal na Allemanha :

O direito commum vigorava apenas 1.º nos dois Mecklenburgos (onde não tivera resultado um projecto de 1850), 2.º em Lauenburgo (por uma lei j de 4 de Dezembro de 1869 o C. prussiano foi ahi I introduzido e entrou em vigor no 1.º de Abril I de 1870), 3.º em Schaumberg-Lippe, e 4.º em Bremen (onde não tiveram seguimento os projectos de 1861 e 1868).

Estavam em vigor dez codigos territoriaes, a saber, 1.º o de Braunschweig de 1840 (também vigente em Lippe-Detmold), 2.º o saxonio de 1838 em Saxe-Altenburgo desde 1841, 3.º o hessense de 1841, 4.º o thuringiano de 1850, 5.º o prussiano de 1851, 6.º o saxonio de 1868, 7.º o hamburguez

INTRODUÇÃO

de 1869 e na Allemanha meridional, 8.º o wirt-
teinberguense de' 1839, 9.º o badense de 1845 e 10.º o
bavaro de 1861.

Grande era a diversidade, mas não tanta quanto á
primeira vista parecia. Apesar de todas as diversidades
que se notavam entre aquellas leis penaes, dava-se uma
certa conformidade nos traços princi-paes, e o Cod.
prussiano, alargando directa ou indirectamente o circulo
em que exercia o seu domínio, sobremodo facilitara a
promulgação de um cod. penal commum á Allemanha.
Ainda n'esta parte a Prússia havia de colher os fructos
de sua politica. ⁽⁸⁾

IV. — As legislações estrangeiras ⁽⁴⁾. Ha cerca de
vinte annos que os paizes estrangeiros têm de! novo
exercido com animação e independência a sua
actividade legislativa. Entre os codigos promulgados
n'este período merecem menção como mais importantes,
1.º o húngaro de 1878, 2.º o hollandez de 1881, 3.º o
italiano de 1889, 4.º o filandez do mesmo anno que
ainda não foi confirmado. Além [d'estes codigos pede a
atenção um grande numero de projectos, sobretudo os
austriacos que remontam a 1874, o russo, o norueguense
e o projecto (em elaboração) de um codigo para a
federação helvética.

§ 9.—A sciencia do direito penal do século XIX na Allemanha (até 1890)

LITTERATUEA. v. Liszt na *MecMsforschvmg und
Eechtsunterricht auf ãen ãeutschen Universitaten*, 1893, p. 72
(extrahida da obra *Die ãeutschen Universitaten* publicada

(*) Sobre a historia da origem do Cod. pen. imperial ver
adiante o § 10.

(*) Eucontram-se todas as informações no *Législation, pénale
comparée. CJl*

para a exposição de Chicago). Sobre as theorias do direito penal, Heinze, H. H., 1^o, 239, v. Bar, 1^o, 201, Laistner, *Das Beeht in der Strafe*, 1872, Günther, 1^o e 2^o (continua).

I. — Pelos fins do século passado começou para a sciencia allemã um novo período de florescimento que se prolongou até além do meado do presente século. O período da agitação impetuosa e não esclarecida, apesar de todas as luzes, passara. A actividade legislativa dos Estados não somente offerecia materia inexgotavel, senão também um duplo problema novo e grandioso, para cuja solução a sciencia adquirira as forças necessarias : a unificação do direito, que se achava dividido segundo Estados, le a sua histórica ligação com o passado.

No começo d'este novo período encontra-se P. J. A. Feuerbach (nascido em 1775, f 1833) (1). Retemperado na philosophia kantiana, de cujo espirito estava penetrado, sujeitando á critica as intuições racionalistas dos seus predecessores, oppondo a sua experiência e a sua educação de especialista ás exigências impetuosas de reforma, este criminalista foi, de um lado, pelo seu tratado de 1801 o restaurador da sciencia penal, e de outro lado pela confecção do codigo bavaro de 1813 o pioneiro da codificação penal na Allemanha. Contemporaneamente collaboraram para o resurgimento da nossa sciencia, não só os amigos de Feuerbach, Grolmann (t 1829, *Grundsätze*, 1798) e v. Almdingen (f 1827), mas também os seus adversários Klein (f 1810,

(1) L. Feuerbach *A. v. Feuerbach» Leben und Wirken*, 1862. GlaBer, *Oea. Kl. Schriften*, 1^o, 21. —O tratado foi publicado em 1847 por Mitlermaier com commentarios críticos (14^o ed.), em 1852 por Slorstadt e em 1855 por Osenbrögggen.— Centre os outros trabalhos merece menção especial a *Reviaion der Grundsütze und Grundbegriffe de» posht. peintl. Recht*, 1798-1800.

[*Grundsätze*, 1796) e v. Kleinschrod (f 1824, *Systematische Enttvkkung*, 1794-1796, 3.^a ed., 1805).

Seguiram-se muitos outros. Como autores de tratados e de manuaes merecem menção : Tittmann (f 1834), Man., 1806-1810, 2.^a ed., 1822-1824; Rosshirt (f 1873), professor em Heidelberg, Trat., 1821, *Geschichte und System*, 1838-1839; Wirth, Man., 1822; Martin (f 1857), Trat., 1820-1825, 2.^a ed., 1829; Wächter (f 1880, a respeito delle [*Windscheid*, K. G. v. *Wächter*, 1880), Trat., 1825-1826 (compendio com excellentes indicações históricas); Bauer (f 1843), Trat., 1827, 2.^a ed., 1833; JHencke (t 1869), Trat., 1823-1838; Jarcke (f 1852), Man., 1827-1830; Hefften (f 1880), professor em Bonn, Halle, Berlin, Trat., 1833, 6.^a ed., 1857; Klenze (f 1838), Trat., 1833 (compendio); Abegg, !(-{• 1868), professor em Königsberg e Breslau, *System*, 1826, Trat., 1836; Marezoll (f 1873), professor em Giessen e Leipzig, *Kriminalrecht*, 1841, 3.^a ed., 1856; Luden (+ 1880), professor em Jena, Man., 1.^o, 1842; Kostlin" (f 1856), professor em Tu-bingen, hegeliano, *Neue Revision*, 1845, *System*, 1855; Háberlin, *Grundsätze*, 1845 e annos seg.; B. J. Bekker, professor de direito romano em Heidelberg, *Theorie*, 1859; Geib (f 1864), Trat., 1861-1862 (excellente compendio); Berner, Trat., 1.^a ed., 1857; Temme (f 1881), Trat. do direito penal commum, 1876 (um lamentável anachronismo).

Entre os muitos outros escriptores que se occuparam com materias do direito penal, destaca-se |K. J. A. Mittermaier 1867) menos pela sua solidez e penetração jurídica do que pelo seu zelo incansável em tornar proveitosos á sciencia allemã os trabalhos estrangeiros e combinar com o direito penal as chamadas sciencias auxiliares. Ver K. u. T. Mittermaier, *Bilder aus dem Leben K. J. A. § Mittermaier*, 1886. c^

Entre as revistas do mesmo período, além da *Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft* (1798-1804) dirigida por Feuerbach e Grolmann, encontra-se á frente do movimento o *Archiv des Kriminalrechts* (1799-1807) fundado por Klein e v. Klein-Schrod, publicado depois como *Neues Archiv* (1816 a 1833) e finalmente como *Archiv Neue Folge* (1834-1857) por v. Kleinschrod, Mittermaier, Abegg, Heffter, v. Wachter, Zacharias e outros.

II. — As indagações philosophicas sobre a natureza e o fim da pena continuam o trabalho intellectual do século XVIII. Kant, com a sua grandiosa tentativa de separar completamente a pena do direito e fundar a retribuição, cuja medida deve ser o talião, sobre o imperativo categórico, não exerceu grande influencia sobre o desenvolvimento do direito penal. Henke e Zacharias, seguindo a Kant, procuraram construir o direito penal sobre a idéa do talião, mas naufragaram de um modo lamentável, sem ter successores ⁽²⁾. O que de todo ponto predomina é a doutrina que vê a justificação e o fim da pena na protecção da ordem juridica e que assim proporciona uma base segura para a reconstrucção tanto da sciencia como da legislação ⁽³⁾.

III. — Pelo meado do presente século deu-se um deplorável declinio no desenvolvimento da nossa sciencia. Varias causas concorreram para produzir este resultado. II

A primeira foi a *recepção do direito penal francês* § no codigo prussiano de 1851. * A Prússia apartou-se assim das tradições do direito commum. Bem de-

(*) Kant, f 1804, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788; *§Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1799.—Henke, *Tratado*, 1816. H. 8. Zacharia (f 1848), *Anfangsgründe des phylori-phüchen Kriminalreehts*, 1806.

(^s) Cons. adiante o g 12.

pressão a praxe prussiana aprendeu a andar com os seus próprios pés e tomou a si a direcção. Grolt-dammer (f 1872, membro do supremo tribunal de Berlin) e Oppenhoif (f 1875, procurador geral em Berlin) alcançam muito maior influencia do que todos [os seus contemporâneos, cuja actividade se exerce no magistério do direito penal; o culto dos preconceitos empana o brilho da sciencia. E' um pratico que funda 'e vigorosamente dirige o Archivo do direito penal prussiano (1853), ao passo que o antigo *Archiv des Kriminal-Rechts*, fundado e dirigido por professores, termina tranquillamente os seus dias em 1857. A ruptura entre a theoria e a praxe alargou-se a olhos vistos, depois que a sciencia do direito penal penetrou no circulo da philosophia hegeliana⁽⁴⁾.

(*) Segundo Hegel (f 1881), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821 (8.º vol. da ed. de Gans, §§ 82 e 97), a pena deriva da *idéa*, como absoluto. Tudo o que é não passa de um momento no desenvolvimento dialéctico da *idéa*. Primitivamente o pensamento e a existência, a *idéa* e o ser, são instintivamente unos e indistintos; depois se-param-se e contrapõem-se pela *reflexão*, até que a *especulação* os reúne em uma unidade superior e consciente. Assim a pena é também a realisação dialéctica da *idéa* do direito, o aniquilamento do crime pelo poder ideal do direito. Este é o imperio realiado da razão, a existência exterior da natureza racional da vontade. No crime a vontade individual insurge-se contra a vontade geral; o crime está pois em contradicção consigo e consequentemente é em si nullo. O crime é mera apparencia, e a essência d'esta apparencia está em que elle a si mesmo se annulla. Mas na Bua existência exterior o crime precisa ser declarado nullo; faz-se mister o reconhecimento de que elle é uma apparencia, e isto se opera pela pena. Esta é a manifestação da nullidade do crime, a constatação de sua existência illusoria; a pena é a negação da negação do direito (como negação do crime), e portanto a punição o restabelecimento do direito. — Os vícios lógicos d'este raciocinio são manifestos. Não é verdade que o crime em si seja nullo, e de nenhum modo se prova nem é demonstrável que a verificação da existência apparente do crime se deva operar justamente pela pena. fr2

Justamente os mais importantes cTentre os criminalistas prussianos, Kōstlin (f 1856, professor em Tu-bingen), Hälschner (f 1889, professor em Bonn) e Berner (professor em Berlin) prestam hoinenagem-ou pelo menos a prestavam por ocasião de sua» primeiras armas,—ao mais decidido hegelianismo. Si-a esta escola devemos valiosíssimos contingentes para a analyse psychologica do crime, certo é que a dia-2 lecta hegeliana, com a qual tudo se pode justificar no passado como no presente, turva a lucidez doj espirito, difficultando a comprehensao das necessi-1 dades jurídicas da vida pratica e das exigências da politica criminal.

A' sciencia, que guardara e augmentára o the-1 souro das convicções commons nos tempos assigna-1 lados pelo particularismo do direito, estava reservada a triste sorte, em parte devida á própria culpa, de j sentir-se sem apoio e sem forças, quando surgio o | dia, desde muito desejado, da promulgação de um § codigo penal commum ás raças allemSes já unidas 1 no campo de batalha!

§ 10. — Origem e desenvolvimento do Codigo penal do Imperio

!• — Os esforços tendentes a dotar a Allemanha i com um codigo penal commum remontam a muitos annos atraz; mas as circumstancias politicas fizeram com que se mallograssem todas as tentativas. Os | diversos projectos elaborados por particulares (K. S. Zachariâ, 1826, v. Strombeck, 1829, Krug, 1857, j v. Kr&wel, 1862) não mereceram muita attenção. Os acontecimentos do anno de 1848 foram além da iniciativa que o Wurttemberg tomara em 1847. O jart. 64 da Constituição do Imperio de 28 de Março

de 1849 ^(a) deu lugar a que o ministério da justiça prussiana organisasse o projecto de um código (1849); mas esse projecto, victima das circumstancias do tempo que tão depressa mudaram, não se publicou e, com excepção de alguns poucos exemplares, foi levado ao pilão. A proposta que a Baviera, de accordo com outros governos, apresentou á dieta federal em 1859 para ser examinada a possibilidade e a futilidade de códigos communs no eíve e no crime, não teve outro resultado senão o parecer da com-Imissão datado de 12 de Agosto de 1861, o qual (punha em duvida ser « muito imperiosa » a necessi-Pdade de um código penal commum. . Pouco mais ou rmenos pelo mesmo tempo Krâwel propunha ao pri-Imeiro congresso de juristas allemães (1860) que elle se pronunciasse sobre a urgência de uma lei penal 8 commum; a proposta foi unanimemente approvada, mas não despertou muito interesse.

II. — Parece que o mesmo sentimento predomina, ainda nos círculos directores, quando se redigiu o projecto da constituição federal da Allemanha do Norte. O art. 4.º n. 3, incluindo na competência legislativa do Imperio o processo civil, a fallencia, lo direito cambial e o direito commercial, deixou de mencionar o direito penal. Prestou Lasker o inol-Ívidavel serviço de ter dado causa a que o direito jpenal fosse incluído na competência da legislação commum, apresentando a este respeito a emenda ad-ditiva que, apoiada por v. Wächter e impugnada

(») A constituição votada pela assembléa nacional e publicada a 28 [de Abril de 1849, aegundo a qual a Allemanha passava a ser um Estado *Ifederativo constitucional*, tendo por chefe um imperador hereditário com I ministros responsáveis, e por órgãos uma camara representante dos [Estados e uma outra representante do povo. Esta bella construcção aluio-se com a simples recusa por parte de Frederico Guilherme IV", rei da Prússia, de aceitar a coroa imperial. N. do trad. *ft/*

por v. Schwarze, obteve a aprovação do Reichstag. (Art. 4.º, n. 13 da Const. fed. de 26 de Julho de 1867).

Em breve tratou-se de realizar este *desideratum*. Em virtude da proposta apresentada a 30 de Março de 1868 pelos deputados Wagner e Planck, o *Reichstag* resolveu a 18 de Abril «convidar o Chanceller federal a elaborar e apresentar-lhe com a possível brevidade os projectos de um código penal e de um código do processo penal communs, e o projecto de uma lei de organização judiciaria de accordo com ditos códigos». Approvada esta resolução a 5 de Junho pelo *Bundesrat*, o chanceller federal, por acto de 17 de Junho de 1868, incumbio o ministro da justiça prussiano, Dr. Leonhardt, de promover a confecção do projecto do código penal.

1.º — O trabalho foi confiado ao (então) conselheiro intimo da justiça superior Dr. Friedberg, tendo por auxiliares o assessor Dr. Rubo e o juiz de circulo Rudorff. Friedberg desenvolveu o pro-gramma em uma memoria datada de 21 de Novembro de 1868 que apresentou ao *Bundesrat*. Já em 31 de Julho de 1869 o projecto (1.º projecto) era apresentado ao chanceller federal e dado ao mesmo tempo á publicidade. Acompanhavam-n'o uma minuciosa justificação e quatro appensos (confronto das disposições penaes das legislações allemães e das estrangeiras, questão da pena* de morte, questões sobre materias de medicina legal, duração máxima da pena de reclusão). O projecto cingia-se ao código prussiano de 1851 que tomara para modelo, mas corrigia-o em pontos importantes.

2.º — A 3 de Julho de 1869 o *Bundesrat* elegeu uma comissão de sete membros para o exame do projecto, a qual reunio-se em Berlin no 1.º de Outubro. Os membros eram o Dr. Leonhardt, como presidente, o Dr. Friedberg, como relator, o procurador geral Dr. von Schwarze (de Dresda), como

[vice-presidente, o senador Dr. Donandt (de Bremen), o advogado e conselheiro de justiça Dr. Dorn (de Berlin), o ministro do tribunal de appellação Bur-gers (de Colónia), o ministro do tribunal superior de appellação Dr. Budde (de Rostock). O Dr. Rubo e Riidorff serviam de secretários.

Os *theoricos* — nenhum dos quaes fora eleito membro da commissão — tomaram parte na obra nacional por meio dos trabalhos manuscriptos ou impressos que offereceram; assim o fizeram Auschiitz, Beseler (trabalhos manuscriptos), Berner, Binding, Geyer, Hâberlin, Hálschner, Heinze, H. Meyer (relatórios impressos), Merkel, Gessler, Seeger (discussões do 9.º congresso dos juristas allemães). John

f já anteriormente tinha publicado, como sua vigorosa contribuição, o «Projecto motivado de umCodigo penal para a Federação da Allemanha do Norte», 1868. Depois de 43 sessões, a commissão terminou os seus trabalhos a 31 de Dezembro de 1869 e no mesmo dia entregou ao chanceller federal o projecto impresso (2.º projecto, sem motivos). Não foi publicado, mas remettido a alguns especialistas. Heinze, Vollert, v. Wächter o discutiram por escripto.

3.º — De 4 a 11 de Fevereiro de 1870 o projecto da commissão foi sujeito no *Bundesrat* a uma breve discussão, da qual sahio como 3.º projecto, tendo recebido poucas modificações, apesar das duvidas levantadas pela Saxonia e pelo Mecklenburgo (deu-se ao art. 2.º da lei de Introduccão a sua actual redacção). Foi apresentado a 4 de Fevereiro ao *Reichstag*

J acompanhado dos quatro appensos e dos respectivos motivos que Friedberg e von Schwarze em parte modificaram. Leonhardt e Friedberg receberam dos governos a incumbência de defendel-o ^(b).y&

(") Isto é, do *Bundesrat*, como representante dos governos dos Estados.
Pelo art. 16 da Const. do Imperio da Allemanha o *Sun-*

Teve lugar **Ifl**-* leitura *W* 22 de Regeitada a proposta de v. Schwarze para ser o projecto remettido a uma commissão de 21 membros, 1 resolveu-se, sob proposta do deputado Albrecht, que ai.* parte (a parte geral) e os capítulos 1 a 7 da 2.^a parte (contendo principalmente os crimes políticos) fossem discutidos em assembléa plena e que somente os demais capítulos de 8 a 29 da 2.* parte fossem sujeitos ao exame prévio de uma commissão.

A 28 de Fevereiro começou a 2.^a leitura que terminou a 8 de Abril e se assignalou pelo impor- •] tante debate sobre a pena de morte, cuja abolição passou no 1.º de Março por 118 votos contra 81.

Marcara-se o dia 21 de Maio para o começo da 1 3.* leitura. Declarou então o ministro Leonhardt, § no desempenho da incumbência do *Bundesrat*, que este fazia depender a passagem da lei do abandono de algumas das deliberações tomadas por ocasião da -2.* leitura e, sobretudo, do restabelecimento da pena de morte. A emenda additiva de Planck concebida nestes termos — « é mantida a abolição da i pena de morte nos Estados, em que esta pena já se acha abolida » — deu lugar a adiar-se a discussão e no entretanto resolveu o *Bundesrat* (22 de Maio) que era inadmissível a emenda Planck por incompatível cora a unificação do direito em um dos pontos mais importantes.

A 23 de Maio recommçou a discussão no §Reichstag. Planck retirou a sua emenda, e, depois de um notável discurso do chanceller federal, passou o restabelecimento da pena de morte pp^27jvotos_

desrnt tem a faculdade de designar alguns dos seus membros ou de eleger commissarios especiaes que defendam os projectos daquella camara perante o *Rewhstag*. N. do trad.

contra 119 ^(c). A 25 de Maio a lei foi aprovada com as modificações desejadas pelo *Bundesrat* e no mesmo dia este deu o seu assentimento ^(d); a 31 foi promulgada pelo Imperador e publicada a 8 de Junho no numero 16 da folha official o *Código penal 5 da Federação da Alemanha do Norte*, devendo entrar em vigor no 1.º de Janeiro de 1871.

III. — Com a fundação do Imperio da Alemanha fez-se necessário converter o Código penal da Federação da Alemanha em *Código penal do Imperio*.

1.º — Em virtude do art. 80 da Constituição da Federação allema pactuada primeiramente com Baden e Hesse a 15 de Novembro de 1870, o Cod. penal de 31 de Maio de 1870 com a lei de introdução decretada na mesma data entrou em vigor *a)* em Baden no 1.º de Janeiro de 1872, *b)* na Hesse (quanto ao território que não pertencera á federação da Alemanha do Norte) no 1.º de Janeiro de 1871.

2.º — Segundo o tratado concluído com o Wiirttemberg a 25 de Novembro de 1870, o Código começou a vigorar ali no 1.º de Janeiro de 1872 (art. 2.º, n. 6).

3.º — Na Baviera, de accôrdo com o tratado de 23 de Novembro de 1870, o código foi introduzido pela lei de 22 de Abril de 1871, concernente

^(c) Vêr extractos do discurso do chanceller, conde do Bismarck, na *Législation pénale comparée*, p. 270. A victoria tão facilmente alcançada pelo *Bundesrat* bem mostra que o centro de gravidade da nova Federação não estava no *Reichstag*. N. do trad.

^(d) Segundo o direito constitucional allemão, a promulgação e a publicação das leis pertence ao imperador, mas a sancção pertence ao *Bundesrat*, e opera-se por uma resolução deste, depois de ter sido o projecto aprovado pelo *Reichstag*. Mesmo os projectos iniciados pelo *Bundesrat* e approvados sem modificação pela outra camara carecem para converterem-se em lei do assentimento do *Bundesrat*. Laband, *Staatsrecht*, 1.ª v., § 55. N. do trad. faf

à introdução das leis da Federação da Alemanha do Norte naquele paiz, devendo começar a vigorar desde o 1.º de Janeiro de 1872.

No entretanto o art. 2.º da lei de 16 de Abril de 1871, concernente á Constituição do Imperio da Alemanha, declarou lei imperial o Código penal.

A lei de 15 de Maio de 1871, concernente á redacção do Código penal da Federação da Alemanha do Norte como Código do Imperio da Alemanha, fez no respectivo texto (mas não no da lei de introdução) as alterações que a mudança das relações politicas tornara necessarias.

4.º — Na Alsacia-Lorena, o Código penal (mas não a lei de introdução de 31 de Maio de 1870) foi introduzido pela lei de 8 de Agosto de 1871 (alterada pela de 14 de Julho de 1873), devendo vigorar desde o 1.º de Outubro de 1871.

Consequentemente a efficacia do Cod. penal imperial começou:

1.º, no 1.º de Janeiro de 1871, nos territórios 'da primitiva Federação da Alemanha do Norte e na Hesse ao sul do Main.

2.º, no 1.º de Outubro de 1871, na Alsacia-Lorena. I

3.º, no 1.º de Janeiro de 1872, em "Wurttemberg, Baden e Baviera.

5.º — No 1.º de Abril de 1891, o Cod. começou a vigorar em Helgoland (ordenança de 22 de Março de 1891).

IV. — O Cod. penal começou a ser alterado pela lei de 10 de Dezembro de 1871, que lhe accrescentou o art. 130 a, o chamado artigo sobre abusos do púlpito. As leis de 23 de Novembro de 1874 e 6 de Fevereiro de 1875 revogaram os arts. 287 e 337.

Muito mais profunda, porém, e ainda assim incompleta, foi a revisão operada pela lei de 26 de Fevereiro de 1876 nesse Código, que mal começara



a vigorar e que muitas vezes já havia sido qualificado de carecedor de reforma ^(c).

As principais disposições da proposta apresentada a 23 de Novembro de 1875, e, depois de b aprofundadas discussões (1.^a leitura a 8 de Dezembro de 1875, 2.^a leitura de 14 de Dezembro a 129 de Janeiro de 1876, 3.^a leitura a 9 e a 10 de 1 Fevereiro), aprovada com numerosas e notáveis . modificações, versavam sobre os seguintes pontos : 1.^o — Correção de vários erros de redacção.] 2.^o — Em muitos casos (arts. 176, 177, 240, 241, 296, 370 n. 4 do C. p.) a exigência da queixa foi abolida, e em outros (arts. 263, 292) limitada, e estabeleceu-se, como regra, que a queixa não pôde ser retirada (art. 64).

3.^o — Elevou-se o numero das penas applica-í veis aos crimes previstos nos arts. 113, 114 a 117; r a responsabilidade de que trata o art. 4 n. 1 do § C. p. foi ampliada.

4.^o — Accrescentaram-se os arts. 49 a *fartigo-DuchesneJ* (*), 103 a, 223 a, 353 a (*ariigo-Amim*) (*), 366 a, 361 n. 9, 130 a, 2.^a *aliena*.

§

(^c) O O. p. allemão foi organizado e votado com tanta pressa, que nem o legislador nem os criminalistas tiveram tempo de estudai-o aprofundadamente no seu conjuncto e nos seus princípios. Parece que a nova federação tinha pressa de dar uma prova do seu vigor, decretando um C. p. commum. D'ahi a necessidade de expurgal-o de muitas das suas faltas,.logo depois de promulgado, como previra o Dr. Leo-I nhardt no *Reichstag*. N". do trad.

O Um cidadão belga, chamado Duchesne, convencido de ter premeditado e proposto matar Bismark, não foi pronunciado, porque o facto não incidia em algum artigo do C. p. da Bélgica. Este incidente, que provocou troca de notas diplomáticas entre a Allemanha e a Bélgica, deu causa ao apparecimento da lei belga de 7 de Julho de 1875, contendo disposições sobre o offerecimento para a pratica de certos crimes, e na Allemanha á inserção no O. p. do art. 49 a, denominado «artigo - Duchesne. » N. do trad.

(8) Motivado pelo caso bem conhecido do conde Harry v. Arnim. N. do trad. g-J

V. — As alterações posteriores do C. p. dizem respeito:

1.º, á substituição dos artes. 281 a 283 do C. pJ pelo 3.º livro da lei sobre falleucia de 10 de Feve-| reiro de 1877;

2.º, á inserção dos arte. 302 a a 302 d pela lei sobre a usura de 24 de Maio de 1880;

3.º, ao accrescentamento de um 2.º *aliena* ao| art. 184 pelo art. 4.º da lei de 5 de Abril de 1888, concernente aos debates judiciários em sessão secreta.J

4.º, á modificação e complemento dos arts. 276, 317, 318, 360 n. 4, 364, 367 n. 5 pela lei de 13 de Maio de 1891;

5.º, á modificação do art. 69 pela lei de 26 de Março de 1893;

6.º, á modificação e complemento das disposi-^ ções sobre a usura (arts. 303 a e seg.) pela lei de| 19 de Junho de 1893 ;

7.º, á modificação dos arts. 89 e 90 do C. p.| pela lei de 3 de Julho de 1853.

j#"

§ 11. — As demais leis penaes do Imperio,

LITTERATURA. — Hellweg e Arndt, *Die äeutsche unã§ preus8l8che Strafgesetzgebung*, 1883, fascículo suplementar de 1883 a 1885, 188G. Util 6 também o *Koãex des äeutsch| prema. StrqfrechU unã Strafprozesses* de Borchert, 1882 ;| suplemento, 1887; Wermer, *Sammlung Meinerer straf§ rechUicher Reichsgesetze*, 1890. Olsliausen, *Die Beiohs-Straf§ Nébengesetze*, 1893; Stenglein (com Appelius e Klein» feller), *Die strafrechtlichen Nébengesetze des Dewtschen Reich**, 1893 (commentario). Cons. também Felisch, *Straf-rechi unã Strafprozess*; exame sistematicamente ordenado das leis e ordenanças da Allemanha e da Prússia, bem como das decisões do tribunal imperial o da corte de appellação (correspondentes aos annos de 1391 e 1892).

O C. p. não contem em si todo o conjuncto das disposições que constituem o nosso direito penal imperial. Muitas outras leis imperiaes (impropriamente denominadas, sob o ponto de vista do criminalista, *leis accessorias*) encerram disposições penaes importantes, que não podem ser omittidas em um systema de direito penal. Vamos enumerar-as em ordem chronologica.

1867—1.º—Lei de 12 de Outubro sobre o imposto do sal. 2.º —Lei de 25 de Outubro sobre a nacionalidade dos navios mercantes. 1868—3.º—Lei de 8 de Julho sobre a imposição do álcool. 1869—4.º —Lei sobre o sello de letra, de 10 de Julho de 1860, modificada pela lei de 4 de Junho de 1879. 5.º —Lei sobre a industria, de 21 de Junho de 1869, modificada por varias leis e ultimamente pela de 6 de Julho de 1887 (novo texto do 1.º de Julho de 1883, publicado pelo chanceller imperial). Ver o n. 82. 6.º —Lei do 1.º de Julho sobre a união aduaneira. 1870—7.º —Lei de 11 de Junho sobre os direitos de autor em materia de escriptos, desenhos, composições musicaes e obras dramaticas. 1871—8.º—Constituição imperial de 16 de Abril. 9.º—Lei de 8 de Junho sobre titulos ao portador, que vencem premio. 10.—Lei de 28 de Outubro sobre o correio. 11.—Lei de 21 de Dezembro de 1871 sobre as restricções á propriedade immovel roniprehendida nos raios das fortificações

- 1872—12.—Lei de 31 de Maio de 1872, concerni
nente ao imposto sobre o fabrico* de
I cerveja (vigora somente em parte do
território federal). 13.—O C. p. militar de
20 de Junho. 14.—Lei de 27 de Dezembro
sobre gente
do mar. 15.—Lei de 27 de Dezembro concernente á
obrigação imposta aos capitães dos navios mercantes
allemães de receber marítimos, que tenham
necessidade de socorro. 1873—16.—Lei de 13 de Junho
sobre contribuições de guerra. 17.—Lei de 28 de Junho
sobre o registro e .
a denominação dos navios mercantes.
18.—Lei de 9 de Julho sobre a moeda.
1874—19.—Lei de 8 de Abril sobre a vaccinação. I
20.—Lei militar do Imperio de 2 de Maio.
21.—Lei de 7 de Maio sobre a imprensa.,*
22.—Lei de 17 de Maio sobre naufrágios.
. 23.—Lei de 30 de Novembro sobre marcas
de fabrica.
1876—24.—Lei de 6 de Fevereiro sobre o registro
civil e a celebração do casamento.
25.—Lei de 14 de Março sobre bancos.
1876—26.—Lei de 9 de Janeiro concernente aos
I direitos de autor sobre obras de artes
figurativas. 27.—Lei de 10 de Janeiro
concernente á
contrafacção de pkotographias. • 28.—Lei de 11
de Janeiro concernente aos direitos de autor
sobre desenhos e" modelos (de gosto). 29.—Lei
de 25 de Fevereiro concernente á desinfecção
dos carros que transportam animaes por via-
ferrea.



- 1876—30.—Lei de 14 de Agosto concernente aos signaes para pedir piloto ou soccorro de que devem servir-se os navios no mar ou nas aguas territoriaes.
- 31.—Ordenança de 15 de Agosto sobre o modo de haverem-se os capitães de navio, depois de um abalroamento.
- 32.—Lei de 4 de Dezembro sobre a epocha em que é prohibida a pesca das phocas.
- 1877—33.—Lei de 10 de Fevereiro sobre a fallencia.
- 1878—34.—Lei de 21 de Maio de 1878 concernente
B ás infracções das medidas prohibitivas da introduccção de gado tomadas para prevenir a peste bovina.
- 35.—Lei de 3 de Julho de 1878 sobre o sello das cartas de jogar.
- 1879—36.—Lei de 14 de Maio sobre o commercio
f de géneros, artigos de consumo e objectos de uso.
- 37.—Lei de 10 de Julho sobre a jurisdicção consular.
38. —Lei de 16 de Julho sobre a imposição do fumo.
- 39.—Lei de 19 de Julho sobre a isenção de imposto concedida ao álcool que é destinado a fins industriaes.
- 1880—40.—Ordenança de 7 de Janeiro concernente á prevenção do abalroamento de navios no mar.
- 41.—Lei de 25 de Março concernente ás declarações que os capitães de navio devem fazer nos consulados do Imperio allemão (e mais a ordenança de 28 de Julho do mesmo anno).
- 42.—Lei de 23 de Junho concernente á prevenção e á suppressão de epizootias. %ct

- 1881—44.—Lei de 22 de Maio sobre a navegação costeira.
- H 45.—Lei do 1.º de Julho concernente ao imposto imperial do sello, modificada pela lei de 29 de Maio de 1885. 46.—Lei de 17 de Julho concernente ás penas applicaveis ás infracções das leis adua- •
- I neiras austro-hungaras.
- 47.—Lei de 20 de Julho concernente á indicação da capacidade dos vasos para líquidos, j
- 1882—48.—Lei de 23 de Junho concernente á alteração da tarifa aduaneira de 15 de Julho de 1879.
- 1883—49.—Lei de 15 de Junho sobre o seguro dos operários contra enfermidades (novo texto de 10 de Abril de 1892). . 50.—Lei de 19 de Junho sobre os portos militares.
- I 51.—Lei de 3 de Julho concernente á prevenção e á suppressão do mal phillixerico.
- 1884—52.—Lei de 12 de Março concernente ás cédulas que podem ser usadas nas eleições publicas.
- 53.—Tratado internacional de 6 de Maio de 1882 (ratificado a 15 de Março de 1884) concernente á regulamentação policial da pesca no mar do Norte fora das aguas territoriaes.
- I 54.—Lei de 30 de Abril de 1884 para a execução da convenção internacional de § 6 de Maio de 1882 concernente á **re-1**
- n gulamentação policial da pesca no mar J do Norte. 56.—Lei de 13 de Maio de 1884 concernente ao fabrico de phosphoros e aos respectivos direitos aduaneiros.

- [1884—56.—Lei do 1.º de Junho concernente á alteração da lei de 7 de Abril de 1876 sobre as caixas de soccorro inscriptas.
- 57.—Lei de 9 de Junho concernente ao abuso de materias explosivas.
- 58.—Lei de 6 de Julho concernente ao seguro contra accidentes.
- 59.—Lei de 16 de Julho sobre o titulo de obras de ourivesaria.
- 60.—Lei de 18 de Julho concernente ás companhias anonymas e ás sociedades em commandita por acções.
- 1885—61.—Lei de 26 de Maio concernente á contrafacção do papel que é empregado no fabrico de bilhetes do thesouro imperial.
- 62.—Ordenança de 28 de Setembro concernente á transferencia de attribuições do imperante ao governador da Alsacia-Lorena.
- 63.—Tratado de 29 de Abril concluido com a Bélgica sobre a repressão dos delictos florestaes, ruraes, de caça e de pesca nos territórios limitrophes. 1886—64.—Lei de 17 de Abril concernente á situação juridica dos territórios sob o protectorado da Allemanha, modificada pela lei de 15 de Março de 1888 (novo texto de 19 de Março de 1888). 1887—65.—Lei de 24 de Junho concernente á imposição do álcool, modificada pela lei de 8 de Junho de 1891.
- 66.—Lei de 25 de Junho concernente ao commercio de mercadorias que contem chumbo e zinco.
- 67.—Lei de 5 de Julho concernente á applicação de materias colorantes prejudiciaes á saude no fabrico de géneros, artigos de consumo e objectos de uso. *fft*

1887—68.—Lei de 12 de Julho concernente aos succedaneos da manteiga.

P 69.—Lei de 21 de Novembro para a execução do tratado internacional sobre a protecção do cabo submarino (de 14 de Março de 1884).

1888—70.—Lei de 22 de Março sobre a protecção dos pássaros.

B 71.—Lei de 29 de Março sobre a interpretação do art. 2 da lei de 30 de Agosto de 1871 concernente á introducção do

fl C. p. do Imperio allemão na Alsacia-Lorena. 72.—

Lei de 5 de Abril concernente aos debates judiciários

em secção secreta. 73.—Regulamento concernente á lei

sobre a|arqueação de navios de 20 de Junho de

1888. 1889—74.—Lei do 1.º de Maio sobre as

sociedade* cooperativas de industria e economia.;

75.—Lei de 22 de Junho sobre o seguro:

contra a invalidez e a velhice.

76.—Ordenança de 15 de Agosto sobre a

mineração nos paizes do sudoeste da

Africa sob o protectorado allemão.

1891—77.—Ordenança de 22 de Março concernente

á introducção das leis imperiaes em

Helgoland.

78.—Lei de 7 de Abril sobre patentes de

B invenção (substitutiva da lei de 25 de Maio de 1877).

I 79.—Lei de 13 de Maio concernente á alteração de disposições do C. p. 80.—Lei de 19 de Maio

concernente ao exame

do fecho das armas de fogo. 81.—Lei de 31 de

Maio concernente á imposição do assucar.

h : ; !
 [1891—82.—Lei do 1.º de Junho concernente á alteração da lei sobre a industria. 11892—83.—Lei do 1.º de Junho sobre a protecção dos modelos de objectos de utilidade.

- 84.—Lei de 6 de Abril sobre os telegraphos do Imperio allemão.
- 85.—Lei de 20 de Abril sobre as sociedades de responsabilidade limitada.
- 86.—Lei de 20 de Abril concernente ao commercio de vinhos e de bebidas vinosas ou similares.
- 87.—Regulamento de 5 de Julho concernente á ordem do serviço nas linhas férreas principaes da AHemanha. Regulamento de 5 de Julho concernente á ordem do serviço nas linhas férreas secundarias da AHemanha.
- 88.—Regulamento concernente ao trafego nas linhas férreas da AHemanha de 15 de Novembro. [1893—
- 89.—Lei de 26 de Março concernente á modificação do art. 69 do 0.º p.
- 90.—Lei de 19 de Junho concernente a disposições complementares sobre a usura.
- 91.—Lei de 3 de Julho concernente á revelação de segredos militares.

Além disto, os tratados internacionaes do Imperio da AHemanha (relativos á assistencia judiciaria internacional, á extradição, á protecção dos direitos de autor, os tratados de amizade, commercio e navegação) encerram importantes disposições penaes que nos devidos logares serão apontadas. *ct/*

II. — Lineamentos de Política criminal

§ 12. — O direito penal como protecção de interesses

LITTERATURA. (também e principalmente sobre a idéa 3õ~ bem jurídico) — Ahrens, *Naturrccht*, 19, 338; v. thering, *Der Zweck im. Recht*, 1877 e annos seg.; Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 1ª, 1872, 29. 1879 (especialmente o 1º v., 2ª ed. de 1890, p. 328 e 338); Binding, *Manual do Direito penal*, 19, 1885; Thon, *Recht und Subjectives Recht*, 1878; Kohler, *Deutsches Patentrecht*, 1878 [especialmente a p. 500]; v. Liszt, *Z.*, 39, 1, 69, 673, 89, p4; E. Benedikt, *Z.*, 79, 481; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 1885; Gareis, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, 1887; Finger, *G. S.*, 409, 39; Ziebart, *Worstrecht*, p. 1, 321; Merlcel, *Tratado*, 1889, p. 20; Bünge, *E.*, 89, 666; Seuffert, *Gutachten für den 21. deutschen Juristentag*; trabalhos, 19, 227; Klöppel, *Gesetz und Obrigkeit*, 1892. — Sobre as theorias do Direito penal, cons. as obras mencionadas nos §§ 7 e 9.

I. — Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A protecção de interesses é a essência do direito, li idéa finalística a força que o produz.

1.º — Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. *Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido.* Todos os bens jurídicos são Interesses humanos, ou do individuo ou da collecti-

vidade. E' a vida, e não o direito, que produz j interesse; mas só a protecção jurídica converte I interesse em bem jurídico. A liberdade individual, inviolabilidade do domicilio, o segredo epistolar erap interesses muito antes que as cartas constitucionaei os garantissem contra a intervenção arbitraru do poder publico. A necessidade origina a protecção e, variando os interesses, variam também os bem jurídicos quanto ao numero e quanto ao género (*)

(') Bem jurídico não é *bem do direito* ou ordem jurídica (comi pensa Binding e também Bosin que o segue, W. V, 2;°, 275), mas uno *bem do homem* que o direito reconhece e protege. — A idéa do bem jurídico é, ao nosso ver, mais ampla do que a do direito subjectivo. Mas, em todo caso, não se compadece com o uso da língua falai em direito á vida, á liberdade, á honra, efcc, como, por exemplo, « faz B. Lõning (').

(") A idéa do bem jurídico é, sem duvida, mais ampla do qttl a do direito subjectivo, visto como a ordem jurídica pode proteger* inl tefesses, e muitas vezes o faz, sem conferir direitos a determinada! pessoas, individuaes ou collectivas. já Ihering havia feito está observação no seu *Qeiat dea rôm. Jtechts* (4°, 85). A lei que estabelece impostos protectores de certas industrias, dia elle, aproveita aos fabricantes, favorece-os e protege-os na sua exploração industrial, mas não lhei confere direito algum. A lei em taes casos é decretada no interesse do Estado, e, si aproveita a particulares, é por um *efeito reflexo*, relação esta que, comquanto tenha a maior analogia com o direito subjectivo, delle deve-se cuidadosamente distinguir. Basta esta simples consideração para mostrar que é inadmissível a concepção de Feuerbach (Tratado, § 21) seguida por muitos criminalistas antigos e ainda hoje defendida na Allemanha e fora delia, segundo a qual o crime é offensa do um direito subjectivo.

Deixando de parte o que ha de incorrecto nesta formula (pois o crime prejudica o bera, mas deixa o direito intacto), não é possível, Como pondera van Hamel, referir a pessoas determinadas os numerosos interesses que a lei penal protege, è que dizem respeito á segurança, ã confiança nas relações sociaes, ao sentimento moral e religioso, éfe

Os defensores da doutrina de Feuerbach alo A Salvam, conver*

Os interesses porém surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou *vice-versa*. Onde ha vida, ha força que tende a manifestar-se, affeição-se e desenvolver-se livremente. Em pontos innumerados os círculos da vontade humana se tocam e se cruzam, collidem as esferas em que os homens exercem a sua acção. A essas relações corresponde o interesse de cada um á acção ou inacção de outrem, quando a acção ou inacção tem importancia para a própria efficiencia. O locatário quer occupar a casa que alugou, o credor quer haver a restituição da coisa emprestada; ninguém pode tomar ou prejudicar o que ganhou pelo meu trabalho, a minha reputação é inatacável; o Estado exige o imposto e o serviço militar; o cidadão reclama a livre manifestação do seu pensamento por palavras ou por escripto. Para que não prorompa a guerra de todos contra todos, faz-se mister uma ordem ou estado de paz, a cir-

tendo taes interesses em direitos subjectivos da «sociedade», que é uma abstracção sem personalidade. Da mesma doutrina surgem questões escusadas, como a de saber se os mortos ou os nascituros têm direitos, [se podem ser punidas as sevícias contra animas, etc. Ainda mais: a doutrina é logicamente forçada a admittir que ha direitos subjectivos á vida, á personalidade, á honra, these hoje geralmente impugnada (ver Savigny, Dir. rom., I^o, g 53). « A vida, a saude, a personalidade, a Jellinek, não são objectos que o homem possua, são attributos e qualidades que constituem a sua individualidade; não entram na categoria do *haver*, mas na do *ser*. Em caso algum o sujeito pode ser objecto para si mesmo. « *Eih Reeht hat man, Persònlichkeit ist mau* » (*System der subj. öffentl. Rechte*, p. 73). — O crime é pois simplesmente a offensa de um interesse juridicamente protegido, e todo interesse desta natureza pôde ser protegido pela lei penal. A idéa do interesse, do bem jurídico, e não a do direito subjectivo, é que é indispensável ao direito penal, e por isso com razão os criminalistas modernos, como Merkel, v. Liszt, Bihding e van Hamel, a põem no primeiro plano. N. do trad. o i

cumscipção da efficiencia de cada um, a protecção de certos interesses e a não protecção de certos outros.

2.º — A vontade geral, que paira acima da vontade individual (^b), toma a si esta missão, e a desempenha estabelecendo a *ordem jurídica*, isto é, discriminando os interesses legítimos e autorisados dos que não o são.

O direito extrema os círculos da efficiencia de cada um; determina até onde a vontade pode mani-festar-se livremente, e sobretudo até onde, exigindo uma acção ou inacção alheia, pôde penetrar na esphera da actividade de outras pessoas; garante a liberdade, o poder autorisado de querer, e prohiibe o arbitrio; converte as relações da vida em relações jurídicas, os interesses em bens jurídicos; ligando direitos e deveres a determinados presuppostos, faz do commercio da vida um commercio segundo o direito. Assim, ordenando e prohibindo, prescrevendo uma determinada acção ou inacção sob certas condições, as normas vêm a ser o anteparo dos bens jurídicos. A protecção, que a ordem jurídica dispensa aos interesses, é "*protecção segundo normas* (*Normen-scliutz*). O bem jurídico e a norma são, pois, as duas idéas fundamentaes do direito (²).

(*) A *vontade geral*, do que fala o autor, nada tem de commum com a *volonté générale* do *Contract s ciai*; não é a vontade das maiorias ou uma somma qualquer de vontades individuaes, mas a *vontade do Estado*, aquella que se forma e se manifesta pelos seus órgãos constitucionaes. N. do trad.

(¹; O nosso ponto de partida em relação á theoria geral do direito é consequentemente o mesmo de Binding; mas logo se separam os nossos caminhos. Binding, 1.º, 155, sem ter mais em atehção o bem jurídico,; para cuja protecção a norma é chamada, do um modo extremamente parcial o arbitrário faz da idéa da norma a pedra angular de todo o systema do direito penal. Ver v. Liszt, Z., G ", 668, 8.º, 184. Nio raro teremos

II. — Mas o direito não é somente uma ordem de paz, senão também, e segundo a sua mais íntima natureza, uma *ordem de combate*. Para preencher o seu fim, o direito precisa de *força* que curve as vontades individuais relucantes. Por traz da ordem pacífica das relações da vida está o *poder público*, o qual dispõe da força necessária para reduzir os recalcitrantes á obediência de suas normas e tornar uma realidade, onde se fizer mister, a ligação lógica entre o facto e os seus efeitos jurídicos. Um novo momento manifesta-se assim na idéa do direito, a *coacção*, e esta se nos apresenta sob três formas principaes: 1.º como preenchimento obrigado do dever jurídico (execução forçada); 2.º como restabelecimento da ordem perturbada (índemnisação); 3.º como punição do desobediente.

i Indagaremos adiante (§ 43) em que casos cabe este meio de guardar a ordem jurídica, que. com-

ensejo de voltar ás consequências que Binding tira da sua concepção fundamental. Neste lugar apenas indicaremos em termos breves a parte essencial da «theoria das normas». — O criminoso não infringe a lei penal, mas a norma, o preceito imperativo ou proibitivo que serve de fundamento á qualificação do facto pela lei penal. As normas são preceitos jurídicos independentes e que pertencem ao direito não estatuído, e são preceitos, não do direito penal, mas do direito público. «A norma é umii ordem pura o simples, não motivada, e sobretudo não motivada sob com-minação de pena.). (Binding, 1.º, 164). Lei penal, porém, é toda disposição jurídica, «segundo a qual de um determinado delicto resulta ou deixa de resultar um direito ou um dever de punir» (1.º, 175), As normas são preceitos jurídicos que obrigam *primariamente* (1.º, 183). O dever de obediência acha-se em face do direito á observância da norma, do direito á sujeição. A lei penal, pelo contrario (1.º, 191), não é uma ordem, mas uma disposição que autorisa a punir, e que, nu verdade, estabelece e regula uma relação jurídica entre o criminoso e quem está investido do direito de punir. Nesta distineção da norma e da lei penal funda-se a distineção do delicto e do crime. Delicto é a transgressão culposa da

quanto seja de todos o mais enérgico, não deixa de ser mediato — a punição daquelle que infringe as normas do Estado. Aqui tratamos somente de deter[^] minar o lugar que a pena occupa no systema jurídico e de assignalar, des farte, a importancia especial] do direito penal.

III. — Si a missão do direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do direito penal] é *a reforçada protecção de interesses, que principal'] mente a merecem e delia precisam, por meio da conú minação e da execução da pena como mal infligido ao] criminoso.*

Advertindo e intimidando, a *cominação penal]* accrescenta-se aos preceitos imperativos e prohibi-tivos da ordem jurídica. Ao cidadão de intenções rectas, ella mostra, sob a forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados ella

norma, crime o cõnjuncto de circumstancias a que se liga a pena. Com esta distincção, sem duvida insustentável em face do direito vigente, a « thcoria das normas » de Binding obtém a base em que se firma para] chegar a uma serie de consequências ulteriores que aqui ainda não nos] interessam. — O vicio capital da thcoria está na concepção puramente formal do delicto como offensa ao dever de obediência (*Normen*, 1.º, § 45) com o que a direcção do crime contra as condições de existência da eolle-ctividade humana ordenada segundo o direito fica completamente na sombra (°).

(°) Nesta nota o autor resume admiravelmente a « theoria das normas» de Binding, e ao mesmo tempo, n'uma simples phrase, assignala] o seu vicio capital. Prescindindo, porém, do desenvolvimento dado por Binding á tbeoria das normas e dos pontos de doutrina que lhe são espe-ciaes para termos em attenção somente a idéa fundamental, certo é esta) uma dessas verdades simples que, uma vez achadas, illuminam a sciencia e não podem ser mais esquecidas.—As disposições penaes contêm ou regras geraes sobre a responsabilidade criminal ou declaram quaes são as acções puníveis e as respectivas penas. Nesta ultima categoria de dis-

poe em perspectiva, como consequência do acto injurídico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso ás tendências criminosas.

Mas é na *execução penal*, na confirmação da vontade da ordem jurídica pela *coacção resultante da pena*, que esta desenvolve toda a sua força peculiar. I Nesta parte o Estado não recua diante das lesões mais graves e mais reaes dos bens dos seus súbditos, — a vida, a liberdade, a honra e o patri-mónio, ou diante de um regimen que affecte profundamente o criminoso e se prolongue, não só por dias, semanas e mezes, senão também, quando se faz necessário, por annos e dezenas de annos. Vários são os effeitos da execução penal, e valiosíssimos, por isso mesmo que podem ser combinados ou isolados.

A execução actua:

1.º sobre os membros da collectividade em ire-

posições pena es notmn-sc duas partes: o preceito jurídico que, como ordem imperativa ou prohibitiva (*norma*), estabelece uma regra para acções humanas, e a saneção penal que estatue a pena para o caso de transgressão da regra. O legislador pôde escolher indifferentemente uma destas duas fórmulas: estabelecer o preceito expressamente e em seguida declarar a saneção penal (forma usual nas leis antigas e ainda hoje usada em leis especiaes e ísobretudo nas chamadas *leis em branco*), ou limitar-se a com min ar penas contra quem pratica ou deixa de praticar certas acções exactamente descriptas (forma adoptada nos codigos penaes modernos). Em um e outro caso o que o delinquente transgride é a *norma*. Assim no segundo caso o íque o delinquente viola, praticando a acção prohibida ou deixando de praticar a acção exigida, não é o artigo da lei penal em que incorre — leste é pelo contrario observado pelo juiz que o applica, impondo a pena gcomminada— mas a *norma implicitamente contida no artigo* (não matarás, [não furtarás). Esta distineção é do maior valor theorico e pratico, como demonstram os dous volumes da obra monumental de Binding e a cada passo se verá no correr deste tratado (Ver van Hamel, *Ned. Strafrecht*, 315). N. dotrad. ^ I

ral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos;

2.º igualmente sobre o offendido, a quem, além d'isto, proporciona a *satisfação* de que o attentado dirigido contra a sua pessoa não escapa á devida punição;

3.º e especialmente sobre o delinquente mesmo. Conforme a natureza e a extensão do mal da pena, differente pode ser o centro de gravidade do effeito) exercido sobre o delinquente pela execução penal.

a) A pena pode ter por fim converter o delin-| quente em um membro útil á sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como *intimidação* ou como *emenda* o effeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro logar, de avigorar as represen-| tações enfraquecidas que refreiam os máos instinctos| ou de modificar o character do delinquente.

b) A pena pôde ter por fim tirar perpetua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil á sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregal-o da sociedade (selecção artificial). Oostuma-se dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao *estado de inocuidade* (*Unschâd-§ Iwhmachung*).

IV. — O legislador deve afeiçoar a execução penal diversamente, conforme tiver em vista, no caso | dado, um ou outro dos effeitos da pena. E' sobretudo o effeito intencionado com relação ao delinquente que determina a natureza e a extensão da pena. A exigência da politica criminal cifra-se em que se utilise a aptidão da pena a ser empregada como meio para fim tão completamente quanto fôr possivej e que ella se adapte ás necessidades do caso concreto. Mas na sua disposição geral a legislação penal não perderá de vista os effeitos tanto da commi-

nação como da execução da pena que vão além do delinquente. Basta esta consideração para mostrar que a controvérsia sobre as chamadas theorias do direito de punir, isto é, as doutrinas sobre a natureza e o fim da pena, tem solução, pelo menos, parcial.

Os diversos fins da pena — cada um dos quaes desde o fim do século passado tem sido elevado a principio exclusivo do direito de punir — encontram todos nesta concepção a atenção que lhes é respectivamente devida. Evita-se assim o exclusivismo, e é posto em evidencia o effeito da execução penal sobre o delinquente ⁽³⁾.

⁽³⁾ A concepção exposta no texto comprehende as seguintes theorias dos escriptores anteriores: 1.º a theoria da *intimidação* (intimidação de todos pela comminação da pena); 2.º a theoria da *coacção psychica* (conter o criminoso, pondo-lhe em perspectiva o mal da pena). O representante, sem duvida, mais importante desta doutrina, já enunciada por Aristóteles e completamente desenvolvida por Hobbes, doutrina que durante dezenas de annos dominou a sciencia e a legislação, é A. Feuerbach (f 1833). Além de vários opúsculos, cons. as seguintes obras: *Anti-Hobbes*, 1798, *Revision der Grundbegriffe*, 1799, *Ueber die Strafe als Sicherheitsmittel*, 1800, *Tratado*, 1801. Ao passo que Hobbes diz: « Comparantes enim quod in crimine jucundum cum eo quid in poena noleat est (a *tanquam in balando ponderatio* é denominada em outro logar *theoria da balança*), id quod sibi optimum esse putant, necessário eligunt, — deve, segundo Feuerbach, a coacção psychica, além da coacção physica, servir para tornar impossíveis as offensas ao direito. «Todas as infracções, lê-se no | 13 do Tratado, têm a causa psychologica de sua origem nos sentidos, em tanto quanto a sensualidade do individuo é estimulada á pratica do crime pelo prazer que o acto causa ou que do acto resulta». Esse impulso sensual pode ser obstado, si o individuo souber que *ao seu acto seguir-se-ha infallivelmente um mal maior do que o desprezível resultante do impulso não satisfeito*. Mas para que esta convicção generalise, faz-se mister, de um lado, a *cominação*, -

-A. o gê çe-
J

V. — Em todas as suas formas e sem embargo do seu caracter especial, o direito penal *é direiiM* isto é. protecção de interesses. Não é a qualidade dos interesses protegidos, os quaes podem pertencer) aos ramos mais diversos do direito, mas a qualidade da protecção que faz a essência do direita penal. Direitos de familia e direitos patrimoniaes, I a existência e o território da communhão politica, a posição do chefe do Estado e os direitos politicos

cução da pena (incurrida). «A acção coneurrente (§ 14) do poder que I executa e do poder que legisla para o fim da intimidacão constitue a 'coacção psychologica»■ — Nos pontos essenciaes a doutrina de Feuer-bach é seguida pelo criminalista italiano Boinagnosi, chefe de escola (t 1835), ao passo que Schopenbauer (f 1860), *Welt ais Wille und Vorstellung*, 1.º, 418, a repete, dando-lhe base metaphysica. B' uma ' variedade da mesma doutrina a tbeoria da *advertência* de Bauer, *Ar- j ehív*, 182G, 9.º, 429 (*Die Wamungstheorie*, 1830, *Abhandlungen*, 1.º, 1840), segundo a qual a comminação penal (como taboa do aviso) não se dirige somente á natureza sensual, senão também á natureza moral do homem.— 3.º A theoria da *prevenção geral* (intimidacão de^ todos pela execução penal); 4.º a theoria da *prevenção especial* (intimidacão j do criminoso pela execução penal); 5.º a theoria da *emenda*, importante especialmente para o desenvolvimento das prisões, mas francamente nociva no seu exclusivismo (emenda do criminoso pela execução penal). Entre os seus defensores devem ser mencionados Stelzer, *Kritik Suber Eggers Strafges. - Entwurf für Schleswig-Holstein*, 1812, Groos (determinista), *Der S/eptizismus in der Freiheitslehre*, 1830, Krause (f 1832), *System der Rechtsphilosophie*, ed. do Böder, 1874, AbrenS (f 1874), *Naturrecht oder Rechtsphilosophie*, 6.^a ed., 1870, 2.º, 463, Schleiermacher (f 1834), *Die christliche Sitte*, Böder (f 1879), diversos trabalhos, e especialmente *Zur Rechtabegründung der Besserungstrafe*, 1846, *Besserungstrafe und Besserungsanstalten ala Rechtsforderung*, í 1864. Esta theoria tem por fim a prevençã de futuros crimes pela emenda do criminoso operada por meio da execução da pena; a emenda J intencionada, -' a medida da pena.

o ponto de vista deste Tratado é acceito (dei- "i literatura estrangeira) por Dankwart, *Psychologif*

dos cidadãos, os interesses da administração publica e os das sociedades anonymas, a honra da mulher e a segurança do commercio, todos os interesses, sem nenhuma excepção, podem compartilhar a protecção reforçada que a pena dispensa. O direito penal, completando e garantindo, accresce a todos os ramos do direito (caracter secundário, complementar e sancionador das disposições do direito penal).

tt. *Kriminalrechtl*, 18(33; Dühring, *Kursus der Philosophie*, 1875; E. V.Hartmann, *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins*, 1879; Kräpelin, *Abschaffung des Strafmasxes*, 1880; Hittelstädt, *Gegen die Freiheits-Istrofe*, 1879, e Z., 2.º 419; Janka, *Nutstand*, 1878, *Strafrecht*, 1884 (2.ª ed., 1890), *Die Grundlage>i der Strafschuld*, 1885; Lammasch, *Das Moment objektiver Gefährlichhe.it im Begriffe des Verbrechensver-suehes*, 1879, Z. 9,428, e G.-S., 44.º, 170; Jellinek, *Die social-ethische §BedeiUung oon Recht, Unrecht und Stra/e*, 1878; Hertz, *Das Unrecht]* K. *die allg. Lehren des Strafrechts*, 1880; Hrehorowicz, *Grundfragen §und Grundbegriffe des Strafrechts*, 1882; o mesmo, relatórios para o 21.º congresso dos juristas allemães, 1.º, 247; Medem, Z., 7.º, 185;| Sichart, Z., 10.º, 401, 11.º, 478 ; o mesmo, *Entwurf eines Gesetzes über Iden Vollzug der Freiheitsstrafen*, 1892; Klippel, Z., 10.º, 570; Lnnter-burg, *Die Eidesdelikte*, 1886; Krone, 219; Wablberg, H. G., !.º, 130; vou Holtzeudorff, H. G., 1.º, 134; Appelius, *Die bedingte Verurtei-§lung*, 4^a ed., 1891; o mesmo, Z., 12.º, 1; Finger, *Begrundung des §StraJrechts vom deterministischen Standpunkte*, 1887 (cons. também Z., 10.º, 706); Thomsen, *Kriminalistische Bekämpfungsmethoden*, 1893.— Igualmente os sectários da escola sociológica mencionados adiante na nota 5.* ao § 13.

Entre os autores mencionados acima dá-se em parte, divergência de opiniões sobre a questão de saber si se deve ter em vista antes de tudo, como quer o Tratado, o effeito da execução penal sobre o criminoso. Contra a nossa opinião pronunciam-so principalmente Janka e Lammasch; segundo este ultimo, os fins que com segurança devem ser obtidos são os designados acima sob III, 1 e 2, por elle denominados *constantes* em contraposição aos *variáveis* (acima III, 3.) <§I

§ 13. — As causas da criminalidade e os diversos géneros desta.

I.—A utilização consciente da pena como arma da ordem jurídica na luta contra o delinquente não é* possível sem a indagação científica do crime na sua manifestação exterior material, e nas suas causas internas que se inferem dos factos. Para designar essa «ciência do crime» (causal, naturalística)! pôde-se empregar a expressão *criminologia* já introduzida tanto na ciência inglesa como na dos países latinos (*) (*).

(¹) O defeito da antiga direcção da politica criminal no século XVIII (ver acima a p. 58) está em que faltavam firmes aliS cercas ao seu magestoso edificio. Mas este defeito só podia ser supprido>J depois que, de um lado, as sciencias naturaes nos ensinaram a **conhe-** | cer o homem (anthropologia no mais amplo sentido) e, de outro lado, obteve-se um methodo seguro para a sciencia social (a estatística). A antiga direcção racionalista da politica criminal terminou. 3 com os trabalhos de J. Bentham (f 1832). A doutrina deste pensador | ingless foi reduzida a systema pelo seu amigo e discípulo o genebreuse Étienne Dumont, e traduzida em allemão por Beneke (*Grund*§ sätze der Zivil- und Strafgcsctzgeb-mg aus den Handschriften* 3. B. | 2 v., 1830). Ed. das obras completas por Bowring, 11 v., 1843. | Desde então esta sciencia, comquanto tenha sido cultivada por alguns; (como Béranger e Bonneville de Marsanay em França, Osted nã-3 Dinamarca, Mittermaier e v. Holtzendorff na Allemanba), foi impei- | lida para a penumbra tanto pelas fantasias da escola philosophicâs | como pela sufficiencia da escola histórica.

(*) As sciencias que sob pontos de vista diversos têm por objecto') e crime e a pena são: jl

1? o direito penal, sciencia *systematica e pratica*, baseada sobre a lei penal ;

2? a sociologia criminal (criminologia e penalogia), sciencia j meramente *especulativa*, que estuda o crime e a pena, como factos J soeiaes, mediante a applicação dos methodos das sciencias naturaes;

Poderíamos ser levados a dividir a criminologia, como sciencia do crime, em *biologia* (ou anthro-jpologia) *criminal* e em *sociologia criminal*. Aquella •descreveria o crime como phenomeno que se pro-duz na *vida do individuo*, e estudaria o *penchant au wcrime* na sua conformação e nas suas condições in-Idividuaes. A biologia ou anthropologia criminal se isubdividiria em dois ramos, a *somatohgia criminal*

3? a politica criminal, sciencia *crítica* dominada pela *iãêajina-listica* ou *teleológica*.

O direito penal e a politica criminal são *sciencias do jurisconA §aulto*. Eia como o autor se pronunciara a este respeito na 5* ed. doj [seu tratado em um trecho que não reproduzio na 6ª ed. « Só pela união [e mutua influencia do direito penal e da politica criminal completa-se [a idéa da sciencia do direito penal (das *sciencs pênales*, como dizem os Francezes) Oríal-as, desenvolvcl-as, transmiltitl-as, é a missão [do criminalista, não é missão do medico, do sociólogo, do estatisc-ista. Desde que não actue o pensamento de que o direito penal e a politica criminal são dous ramos do'mesmo tronco, duas partes do mesmo todo, que se tocam, se cruzam e se frutificam, e que, sem esta relação de mutua dependência, se desnaturam, é inevitável a decadência do direito penal. Sera o perfeito conhecimento do direito vigente em todas as suas ramificações, sem completa posse da technica da legislação, sem o rigoroso freio do raciocínio logico-juridico, a politica criminal degenera em um racionalismo estéril a fiuctuar desorientado sobre as ondas. Por outro lado o direito penal perde-so em um formalismo infecundo e estranho á vida, si não for penetrado e guiado pela convicção de que o crime não é somente um idéa, mas um facto do mundo dos sentidos, um facto gravíssimo na vida assim do individuo como da sociedade; que a pena não existe por amor delia mesma, mas tem o seu fundamento e o seu objectivo na protecção de interesses humanos. Sem uma sciencia do direito penal voltada para a vida e ao mesmo tempo adstricta ao rigor das formas, a legislação penal converte-se em um jogo das opiniões do dia não apuradas, e a administração da justiça em um officio exercido com tédio. E somente da sciencia que o direito penal e a administração da justiça recebem a força vivificadora 1» N. do trad. *f^

(anatomia e physiologia) e a *psi/chologia criminal*. A *sociologia criminal* teria por objecto descrever o crime como phenomeno que se produz na *vida social* e o estudaria na sua conformação e nas suas condições sociaes.

Mas semelhante distincção só é admissível, satisfazendo-se estes dois requisitos. 1.º Deve-se ter* clara consciencia de que o objecto da indagação é um só e que apenas o methodo é que differe: allí emprega-se a observação individual systematica, e aqui a systematica observação de massas (a estatística); pois o crime, como phenonemo social-pathologico, compõe-se de um certo numero de crimes individuaes, e cada um destes é apenas um elemento de um facto social. 2.º Não se deve esquecer que somente com a união dos dois methodos, de modo a verificar e a completar os resultados de cada um delles pelo do outro, pode-se chegar ao conhecimento exacto do crime ⁽²⁾.

⁽²⁾ Por não terem sido ai tendi das as considerações feitas no texto explica-se a sei são da criminologia em duas escolas francamente hostis, a antbropologica e a sociológica. Da copiosa litteratura respectiva somente podemos destacar neste logar algumas obras que se re-commoendam por imprimirem direcção ao movimento. I.º A *observação individual sysiematica* começa com a descripção pysehologiea de alguns crimes notáveis. A esta categoria pertence o chamado *mitigo Pitaval*, 1734 — 43, publicado em Paris por G-uyot de Pitaval (fl743), e muitas vezes imitado; H. Blum o deu em resumo. Entre os numerosos tra-bralhos dos primeiros decennios deste século, a exposição authentica de crimes notáveis organizada por Feuerbach, *Alttenmässige Darstellungl merkwürdiger Verbrechen*, 1828 e seg., é ainde boje clássica sub muitos) pontos de vista. Krauz, na sua *Psychologie des Verbrechena*, 1884, tentou dor uma recapitulação systematica dos resultados. Os trabalhos sobre as prisões (adiante § 61) encerram também muitas observações valiosas. — Com a historia do crime de profissão occupa-se a grande! obra de Avé Lallemand, *Das deutsche Qaunertum in seiner sozial-poli-*

II. — A observação mostra que todo crime resulta do concurso-de dous grupos de condições— de um lado, *a natureza individual do delinquente*, e, de outro, *as relações exteriores, sociaes, e especialmente las relações económicas que o cercam*.

Mudam o aspecto e a importancia do crime, segundo as relações reciprocas destes dous grupos

tischen, litterarischen und linguistischen Ausbildung zu seinem heutigen Bestande, 1858 — 62. A situação actual é descripta, entre outros, por Valentim, *Das Verbrechen im preussischen Staate*, 1869, Schrader, *Das Verbrechen in Hamburg*, 1879, Starcke, *Verbrecher und Verbrechen in Preussen* 1874 bis 78, 1884. Q 2, *Die Verbrecherwelt von Berlin*, 1886 (ed. especial extr. da Z., 4? 5? e 6?), Byrnes, *Profes&io-fial criminais of America* (sem indicação do anno, talvez 1886, com exellentes figuras), Laurent, *les habitudes des prisons de Paris*, 1890, Guillot, *Les prisons de Paris*, 1890 (sobre estas duas obras cons. Gan-tier, Z., 12°, 400). Têm muito valor os relatórios da prefeitura policial de Berlin (1871 a 1880, 1881 a 1890), 1882, 1892. Exposições para o povo encontram-se na obra de Lindenberg, *Die Berliner Polizei und das Verbrechen*, 1892, bem como na de Klausmann e "Weien, *Verbrechen und Verbrecher*, 1892. — A *anatomia* e a *physiologia* do criminoso têm sido estudadas com zelo especialmente pelos cultores das sciencias medico-naturacs. Cons. as indicações litterarias sobre a *psychiatria* e a *medicina legal* (adiante § 57, VIII). Das investigações sobre o cérebro e o craneo dos criminosos (Schweckendieck, M. Benedikt e outros) originou-so na Itália a « escola criminal-anthro-| pologica» fundada pelo medico Lombroso e dirigida pelos juristas F. Ferri e K. Garofalo. As obras capitães desta escola que se assignala accentuadamente pela defeza do typo antbropologico do criminoso são : Lombroso, *L'uomo delinquente*, 1? ed., 1876, 4? ed., 1889, traduzida em allemão por Fränkel, 1887 e seg. j Ferri, *I nuovi orizzonti dei di-ritto e delia procedura penale*, 2* ed., 1884, 3? ed. italiana e franceza sob o titulo de *Sociologia criminal*, 1892; Garofalo, *Criminologia*, 2? ed., 1891, novo arranjo em francez na 2.* ed., 1891 ; Lombroso e Laschi, *II. delitto politico e le rivoluzioni*, 1890 (trad. em allemão por Eurella, 1891); Lombroso e Ferrero, *Das Weib ais Verbrecherin und I Prostituierte* (trad. em allemão por Kurella, 1894). Entre os trabalhos

de condições. Claramente se reconhecem e se cli-
tinguem dois typos principaes.. I 1.º *As circunstancias
exteriores que dão causa aos crime preponderam.*
Arrebatado por uma excitação repentina e apaixonada,
ou sob a influencia de uma oppressiva necessidade, o
agente, até então irrepre-| hensível, commette o crime
que, alheio á sua índole,

alemães merecem menção: Kurolla, *Naturgeschichte des Verbrechtr* 1898
(systematicamente no sentido do Lombroso); Bär, *Der Verbrecher in
anthropiologischer Beziehung*, 1893; Näckel, *Verbrechen und Wahnninn | beim
Weibe* com respeito á anthropologia criminal em geral, 1ª, 1894 (Bär e Näckel
contra Lombroso; cons. também Näckel, Z., 14?). — Revistas desta escola,
Archiv der psychiatr. anthropologie eriminal 6 <fl scienze penali per
servirc alio studio de Uomo alienato e delin- p quente, publicada em
Turim desde 1881 por Lombroso e seus amigos; *Archives de l'anthropologie
criminelle et des sciences pénales*, publicada em Lyon desde 1886 por Garraud e
Lacassagne, e desde 1892 por este e por Tarde, revista «cientificamente muito
mais valiosa do que o archívo 3 de Lombroso. São importantes os trabalhos
dos congressos inter-nacionais de anthropologia criminal de Roma, 1885, Paris,
1889, Bru- « xelins, 1892, (ver Eosenfeld, Z. 13?, 164). — 2ª Só gradualmente a
Estadística criminal separou-se da Estatística judiciaria. Fundador, o I belga
Quételet (fl 1874); publicou primeiramente o livro *Sur l'homme et le
développement de ses facultes ou Essai de physique sociale*, e depois uma serie
de escriptos — Na Alemanha a obra capital é o *Arbeitsstatistik in ihrer
Bedeutung für eine Sozialethik* de A. v. Oettingen, 1 ed. 1868-69, 8ª ed. 1882 —
Cons. também v. Oettingen, Z., 1, 414, I Ferri, Z., 2?, 11, Aschrott, Z., 5", 387,
Beurle, Z., 8º, 325, Wurzburg, 2., 8, 923, Sicbart, Z., 10?, 86, Bennecke,
Z., 10?, 821, Damme, Z., 12?, 657, Köbner, Z., 13", 616, Mischler, 1889 - Mate-
rial valioso, mas ainda pouco aproveitado, encerram as estatísticas offi-
ciaes (para o anno de 1825) publicadas em França, e interrompidas desde 1827. Tem
especial importancia a estatística das prisões e penitenciarias pertencentes ao
departamento do ministério prussiano do interior, publicada desde 1870, bem
como a estatística criminal do Imperio — É rio magistralmente organizada, que se
publica desde 1883 (concernente aos annos de 1882 e seguintes).



se apresenta como um episodio isolado na sua vida e amargamente lamentado (o *crime de ocasião*, como o denominam com pouca propriedade j *criminalidade § aguda*).

2.º Dada uma *ocasião externa fútil*, o crime resalta, digamos assim, da índole, das disposições arraigadas do delinquente, e nos revela a sua natureza íntima.

Rudeza brutal, crueldade destituida de i toda sensibilidade, estúpido fanatismo, descuidosa (leviandade, invencível repugnância ao trabalho, des- [regrada sensualidade levam o agente, por numerosas phases de transição, a situações indubitavelmente psychopaticas. Não é possível comprehender todos esses casos sob a denominação de *crimes por habito* ; mais correcta é a denominação, que se lhes tem § dado, de *crimes por estado § Zustandsverbrechen; cri-§ minalidade chronica*). Como variedade mui commum e por isso mesmo sobretudo perigosa, apparece o *crime* como officio ou profissão," que vae muito além do circulo dos crimes contra o patrimonio. ⁽³⁾

III.—Do que fica dito já se vê que é falha toda concepção do crime puramente *biológica*, isto é, que o deriva exclusivamente da natureza physica e moral do delinquente. D'ahi segue-se necessaria-i mente, o que aliás resulta também de outros fundamentos, a impossibilidade da existência de um unico typo anthropologico de delinquente. Em tanto quantoj

⁽³⁾ A explicação dos typos ou géneros de crime segundo suas causas é um dos problemas mais importantes e mais difficeis da criminologia. A distincção dos crimes de ocasião e por habito fWahlberg a iniciou em numerosos escriptos) é insufficiente. As distincções dos italianos pouco têm adiantado. E' do muito valor o trabalho de ObrikJ Z , 14º, 76 (extr. de um trabalho de maior vulto em dinamarquez). Desenvolvemos a doutrina exposta no texto no relatório que dirigimos ao congresso de anthropologia criminal de Bruxellas de 1892.

trata-se somente do crime por estado, no qual a ocasião externa representa um papel completamente secundário, poder-se-hia supor a existência de um typo que se desvia do normal. Mas a indagação rigorosamente científica, com quanto tenha até aqui encontrado nos criminosos por estado numerosas) *atypias* (desvios do typo normal), sobretudo nos que o são por herança, ainda não descobriu o typoj do criminoso por estado. Desfarte desmorona-se a doutrina de Lombroso e dos seus partidários. (*)

(*) Já definimos a nossa ntitude em face de Lombroso na Z., 9*, 462. Os trabalhos mais recentes têm confirmado a exactidão da nossa concepção. Cons. de preferencia a todas as outras a obra de Bär mencionada acima na nota 1?. No congresso de Bruxellas de 1892 o *Lypo\$ áo delinquente* não encontrou um só defensor. (*)

(») Concluindo o seu livro baseado sobre as observações que durante longos arinos fizera, como medico das prisões, o Dr. A. Bar pergunta :

«Pode-se nestas condições aflirmar seriamente a existência de uma coincidência regular, de um nexo causal entre a conformação craneana e a moralidade, entro a deformidade craneana e o crime? Resolutamente negamos essa connexação, bem como toda dependência entre' a disposição craneana e a criminalidade. Pela organisaçSo do seu cra-neo o homem não se converte em criminoso. Onde se mostra uma relação de causalidade, a organização não é physiologica, mas effecti-vamente pathologica, o individuo não é são de espirito, e as suas acções

são as do louco O crime não é a consequência de uma organização especial do criminoso, de uma organização que lhe seja peculiar e que o leve a praticar actos delictuosos. O criminoso, aquelle que o é por profissão e que aparentemente nasceu com s disposições, traz em si muitos signaes de uma má conformação physica e mental, mas nem no seu conjunto nem individualmente considerados esses signaes têm um cunho tão especial e determinado que nssignalem o delinquente como typo, e o distingam dos seus contemporâneos e compatriotas. O criminoso traz os vestígios da degeneração que appa-recém frequentemente nas baixas classes populares, donde ás mais das vexes saem, e que, adquiridas e transmiltidas pelas condições de vida

JO 6

I

IV.—Mas a influencia dos factores sociaes só se manifesta sob a sua verdadeira luz, quando se considera que a natureza do delinquente dada no momento do facto desenvolvera-se de disposições Hnnatas e fora determinada pelas relações exteriores que o circumdaram desde o nascimento. O conheci-I mento deste facto torna possirel *actuar*, posto que Ide um modo limitado (por meio da educação moral, mental e especialmente physioá), sobre as inclinações criminosas acaso adormecidas no individuo em via Ide crescimento. Ainda mais: justamente a doutrina [tão exagerada na poesia como na sciência do *ónus Wiereãitario*, dos peccados dos pães transmittidos aos fcfilhos, nos descortina um futuro melhor. Si pães a [quem o meio social exgotara a vitalidade e a força [de procreação, legam aos filhos, como uma herança [maldita, a «inferioridade psychopathica», a enfra-[quecida força de resistência na luta pela vida, [podemos então nutrir a convicção scientíficamente [íundada de que todas as nossas medidas politico-I sociaes aproveitarão aos *vindouros* com dobrada força. [Em muito maior escala e de um modo muito mais [seguro do que a pena e qualquer medida análoga, [a politica social actuará como meio para combater [o crime, já que este, assim como o suicídio, a mor-I talidade das creanças e todos os oujfcros phenomenos

Social, ás vezes se manifestam sob forma accentuada. Quem quizer remover o crime, deve remover os males, onde o crime tem as suas raízes e pelos quaes elle se propaga, deve na escolha dos géneros de pena e na execução da pena ter mais em attenção a individualidade 'fio criminoso do que a categoria do crime » O Dr. Bár reconhece porém o grande merecimento da escola de Lombroso, á qual se deve ter tirado da apathia e da iinmobilidade as antigas intuições sobre o criminoso, «tel-o posto na sua individualidade e nas suas qualidades no centro da observação, attrahindo a indagação antes para o agente do que para o facto». *Der Verbrecher* etc, p. 408. N. do trad.

pathologico-sociaes, têm as suas mais profundas raízes nas relações do passado e do presente, cujas influencias se exercem sobre as gerações successivas. ⁽⁶⁾

§ 14.— As exigências da Política criminal*

LITTERATURA. — Os «Boletins» da União internacional de direito penal (até o presente 4 volumes); os trabalhos do grupo norueguense da União, 1892-93. Quanto ao mais também aqui nos reportamos a 25.— Acerescentemse Friedinann, *Zur Reform äes österr. Strafrecht*, 1891; Thomsen, *Kriminalpolitische Békämpfungsmethoäen*»§

I. — Ao passo que á *política 'social* toca suppri-mir ou limitar as condições sociaes do crime, a *po- I lítica criminal* só tem que ver com o delinquente/ individualmente considerado.

(¹) Esta concepção *sociológica* do crime, em opposição á concepção puramente *biológica*, tem a pouco e pouco prevalecido, principalmente no estrangeiro. A grande massa dos escriptores aliem äes ainda boje não a entende e não pode comprehender sequer (como mostram os trabalhos de Mericei e Mittelstädt mencionados no g 15) o alcance o a opposição fundamental das duas escolas. Cons. N. Colajani, *Socialismo e sociologia criminale*, 1884 e see.; Prins, *Crimiminalité et répression*, 1886; o mesmo, *Criminalité et VEtat social*, 1890; v.--' Uezt, *Kriminalpolitische Au/gaben* (Z. 9? 452, 787,10?, 51, 12?, 161) M Finck, *Naturrecht, geschichtliches Recht und sozialcs Recht*, 1891; Tallak, *Penological and preventive principies*, 1889; W. D. Morrisson, *I Crime and iis causes*, 1891; Tarde, *Criminalité comparée*, 1886; Joly, *La France criminelle*, 1889; o mesmo, *Le combat conUe le * crime*; Hymans, *La lute contre le crime*, 1892; Garraud, *Le pro-blème de la criminalité*, 1889; Krobne, 204; Puhr, *StrafreehUpJlegt -; und Soziapolitik*, 1892. Também Bâr, Oauckler, Zürcher, Foinilzkl, Drill e outros pertencem a esta escola. A União internacional de direito penal fundada em 1889 por v. LUzt, Prins e vsm Hamel <J também dominada por esta concepção fundamental. Cons. Z. 9?, 308,1 e os «boletins» que a sociedade publica desde 1889.

W A politica criminal exige, em geral, que a pena, como meio, seja adequada ao fim (§ 12), isto é, seja determinada quanto ao género e á medida segundo a natureza do delinquente, a quem inflige um mal (lesa nos seus bens jurídicos—a vida, a liberdade, a honra e o patrimonio) para impedir que no futuro elle commetta novos crimes. Nesta exigência encontra-se, de um lado,, o seguro critério para a crítica do direito vigente, e, do outro lado, o ponto de partida para o desenvolvimento do programma da legislação futura.

II. — E' natural que a crítica do direito vigente se iniciasse de um modo negativo. O começo do movimento reformista assignalou-se pela luta contra as *pequenas penas de prisão* que predominam na nossa administração da justiça. Como são actualmente applicadas, ellas não corrigem, não intimidam nem põem o delinquente fora do estado de prejudicar, e pelo contrario muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinquente novel. D'ahi resulta a exigência de que o legislador substitua, tanto quanto for possível, as pequenas penas de prisão por outras medidas adequadas (trabalho forçado sem encarceramento, penas principaes relativas á honra, prohibição de frequentar as tavernas, prisão domestica, castigos corporaes) ou que pelo menos, aggra-vando-as, lhes dê a força de intimidação que presentemente não têm ^(j) ^(a).

li (') Ver principalmente Rosenfeld, *Welche Strqfmiittel können an I Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werdent* (dissertações do [*KriminalisiiscJiea Seminar*, 2.º, 1889). Trabalhos do 21.º congresso dos juristas allemães. Sobre os castigos corporaes, cons. Mittelstädt, *Oegen die Freiheisisirafe*, 82; v. Schwarze, *Fiir die Freihvitastra/e*, 42; Sontag, ! Z. 1.º, 501; Lucas, O A., 32,143; Bennecfce, Z., 7, 212; Illing, *Blätier für Qefängniskunde*, 15.º, 93; v. Liszt, Z., 8.º, 40; H. G., 1.º, 296, 812, ! 823, 832, 360. Como penas criminaes, foram abolidos já antes, já depois

Mas a pouco e pouco a critica formulou uma serie de proposições positivas ⁽¹⁾. Somente as mais importantes podem encontrar aqui uma breve menção.

1.º —Em casos dignos de especial atenção, de-ve-se proporcionar ao delinquente de ocasião a possibilidade de evitar o cumprimento da pena pelo seu procedimento irreprehensivel. Tal é a chamada «con- demnação condicional» com ou sem fiança. Esta instituição existe ha muito tempo no direito anglo-americanoj tem sido introduzida na Bélgica, em França, em Neufchatel e Genebra, e se acha em perspectiva em outros paizes ^(*) ^(b).

de 1848, nos Estados da Allemanha, mas encontram-se ainda como penas disciplinares nas penitenciarias da Prússia, Saxonia, Hamburgo e Lübeck.

(*) Já o autor dissera na Z.,9.º: «como as pequenas penas de prisão não prestam, também para nada serve toda a administração da Justiça penal». Com effeito, as estatísticas mostram que $\frac{4}{6}$ das penas de prisão ficam abaixo de três mezes, e que apenas 4 % excede a um anno. Kirbonbein, *Litteratur des Strafrechts*. N. do trad.

(1) Cons. as valiosas explanações de v. Bar na *Nation* de 1893.

(*) Ver a litteratura e a legislação no índice geral, p. 845. Falta uma exposição completa sobre o movimento dos últimos annos. Sobre a fiança, cons. Schierlinger, *Die Friedensbürgschaft*, 1877; v., Pfenninger, *Strafrecht der Schweiz*, 1890, especialmente a p. 828; Fúr, *Strafrechtspflege und SozialpolUMt*, 1892 Çpasaim).

(b) Esta instituição sob a denominação de «condemnação condicional», <(sursis à l'exécution », « suspension de l'exécution », « conditional discharge », « release upon probation of good conduct », « suspension of punishment », figura na legislação da Inglaterra (1879, 1887), Bélgica (lei de 81 de Maio de 1888), França (lei de 26 de Março de 1891, loi Bérenger), Neufchatel (C. p.de 1891), Genebra (lei de 29 de Outubro de 1892), Massachussets (1878), Nova Zelândia (1886), Queens-land (1886), Portugal (1893), nos projectos da Áustria (1891), da Itália (1898), nos «avant-projets» officiaes da França (révision du O. p. de 1889), da Suissa (1898) e nos projectos de vários criminalistas (van Hatnel). xia Allemanha a questão tem sido discutida nos congressos, no parla-



2.º — Em relação aos criminosos adolescentes, a pena de prisão deve ser substituída, quanto fôr possível, por medidas de educação. Assim pede-se que a minoridade criminal seja elevada aos 14 an-j nos completos; que se revogue a disposição sobre o discernimento (adiante § 39.); que uma lei imperial regulamente a educação sob a inspecção do Estado, e que esta se estenda também aos casos de abandono moral ⁽⁴⁾.

p 3.º — A lei e a administração da justiça devem ter mais em conta do que até o presente o tem feito o motivo do crime. Com relação ao delinquente de ocasião basta que grave-se-lhe profundamente na consciencia a idéa dos preceitos prohibitivos e imperativos do Estado (intimidação). A comminaç&o incondicional da pena de morte no assassinato é um contra-senso. E' justamente nos crimes de ocasião que a ampliada applicação da pena de multa promette o resultado desejado, uma vez que a multa seja accommodada á fortuna do condemnado e se exclua, quanto fôr possível, a conversão desta pena em prisão ⁽⁵⁾.

mento e na imprensa; d'entre os que impugnam a innovação distin-guem-se Kirchenbeim (G. S., 63.º 51) e Wach (*JReform der Freiheitsstrafe*, 1890). Ver especialmente o art. 47 do projecto suíço.—N. do trad.

(*) Oons. especialmente Appellius, *Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloater Kinder*, 1892; Trabalhos da secção allemã da União int. de d. p., 1893, na Z., 18.º, 741 ; Múnsterberg, W V, 2.º 1003; Muskat, *Archiv für öffentlicJies Recht*, 8.º, 316; e também Lenz, *Die Zwangaerziehung in England*, 1894.

⁽⁵⁾ A moderna sciencia allemã não presta attenção ao motivo. Cons. em sentido contrario Gram, *Om motiveis beigdnig i atraffe-retlig henaende*, 1889. São dignos de attenção o Cod. italiano e o projecto suíço. Sobre a multa ver a 3.ª assembleia geral da União int. de d. p., 1891; Boletins, 3.º, 236; trabalhos do 22.º congresso dos juristas allemães, 1898. ijK»!

4.º — Desde que o acto do delinquente revela uma tendência criminosa arraigada (crime por estado), exige a segurança da ordem jurídica que elle seja posto em estado de não offender. A pena tem de desempenhar esta missão com relação ao delinquente são de espirito, como ao hospicio cabe des-empenhal-a com relação ao que soffre alienação mental. Difficuldades especiaes porém resultam dos numerosos estados de transição. Póde-se dizer que em taes casos dá-se sempre uma «imputabilidade restri-cta» e que devem ser applicadas penas mais brandas; mas o essencial continua a ser tornar inoffen-sivo á ordem jurídica o delinquente que cumprio a pena, collocando-o em um estabelecimento especial ou em uma secção especial ⁽⁶⁾. Não é neecessario | que repetidas reincidencias patenteiem a arraigada - tendência criminosa, ella pôde revelar-se de um modo evidente por occasião do primeiro crime sujeito a julgamento ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Cons. San der e Richter, *Die Beziehungen zwischen Geistesstörung u. Verbrechen*, 1886; Mceli, *Ueber irre Verbrecher*, 1888. Controvérsias psychiatricas (por ex. sobre a idéa da *loucura moral*) não podem prejudicar a protecção da ordem jurídica. — Os ébrios devem ser tratados ou postos em estado de innocuidade em estabelecimentos especiaes.— Abre caminho o projecto do Cod. suisse.

⁽⁷⁾ Pedem pois muito pouco os que querem a innocuidade do delinquente « depois de reiteradas reincidencias » ou ainda a inocuidade dos « delinquentes babituaes e incorrigíveis ». — Cons. sobre a renei- j dencia v. Múrchhausen, *Rückfall*, 1870; Friedländer, *Der Rückfall : im gem. äutschen Recht*, 1.º, o desenvolvimento da doutrina (inclu- I sive a Carolina), 1872; Olshausen, *Einfluss von Vorbestrafungen*, 1876; v. Lilientbal, *Kollektivdelikte*, 1879; Sichart, Z. 10.º, 40; Sacker, " *Der Rückfall*; dissertações do *Kriminalistisches Seminar* do Halle, III, 1, 1892; Joly, *Le Combat contre le crime*, 836; André, *La ré- J cidive, Théorie d'en\$emble et eommentaire détaillé des lois préventives ou repressivos de la recidive*, 1892. Sobre a lei franceza de 26 de Março de 1891, cons. Peliscb, Z., 12.º, 856. — Servem para a averiguação da

5.º — Si o acto do delinquente revela tendência ao crime, que não está ainda arraigada, e apenas se acha em via de desenvolvimento (estreia do criminoso por estado), deve-se tentar corrigir a disposição criminosa por meio de uma pena duradoura e enérgica (correcção civil, não necessariamente moral) ⁽⁸⁾. Uma tal acção não é sem resultado,

reincidencia os *casiers judiciaires*; cons. sobre elles a instructiva dissertação do H. Seuffert no W V, 2.º, 565. Tem muita importancia a verificação da identidade por medidas exactas do corpo (systema Bertillon). Cons. Bertillon, *Das anthropometrische Signalement*, 1890; a Revista suissa, 4.º, 88.— Como meio de *innocuidade*, além da pena de morte, cujo effeito é absolutamente seguro, mas tem contra si muitos inconvenientes (a litteratura no g 60), e da pena de prisão perpetua, ocorre especialmente a deportação. Ver as indicações liderarias em v. Holtzendorff, H. G., 1.º, 427, e mais v. Jagemann, H. G., 1.º, 372, nota 6; Fuchs, H. G., 267; Stölzel, *Brandenburg-Preussens Mechts-verwaltung*, 2.º, 346, 35; Krohne, 267; Joly, *Le Combat contre lei perime*, 359. A obra capital (mas em parte antiquada) é a *Deportation, lala Strafmittel in alter und neuer Zeit* de Holtzendorff, 1859. — Diverso da deportação é o favorecimento da *emigração voluntária* de réos corrigidos e libertados. — Como meio de segurança, depois de cumprida a pena, serve a *vigilância da policia*; mas na sua forma actual pouco tem aproveitado e muito tem prejudicado, e somente acompanhada de uma tutela regrada pode produzir effeitos benéficos. Cons. sobre esta materia principalmente Fuhr, *Strafrechtspflege 'u. Sozial-Politik*, contribuição para a reforma da legislação penal, tendo por base dados estatísticos e de direito comparado sobre a vigilância policial, 1892. ⁽⁸⁾ Para a correcção civil pela educação no trabalho servem as *casas de correcção*, mas esta instituição somente pode corresponder á sua missão, si se limitar a correcção a elementos que sejam capazes delia. Cons. Wintzingerode-Knorr, *Die deutschen Arbeitshäuser*, contribuição para a solução da questão da vagabundagem, 1885; Sichart, H. G., 2.º, 265, 519; v. Jagemann, H. G., 2.º, 128; v. Hippel, *Die KorreMionelle Nachhaft*, 1889; Krohne, 2. 1º, 81 (Tratado, 240); Sontag, Z., 8, 505; v. Liszt, Z., 3.º, 89; Bennecke, Z., 10º, 821; Nfimsterberg, W V., 1º, 842; as discussões da União int. de d. p.: la secção allemã, 1893 (Z., 13º, 741) e 1894. *iQd*

principalmente sobre os jovens criminosos de profissão.

6.º — E' condição indispensável de êxito uma união solida e orgânica entre a administração da justiça e a execução penal. Sobre a realização desta, idéas as opiniões são ainda muito divergentes. Vivamente defendida e do mesmo modo impugnada é a exigência de que a sentença judiciaria não fixe a pena: a pena imposta — talvez nos limites de um máximo e de um mínimo — deve ser afinal graduada, tendo-se por base a verificação ulterior e exacta do character do delinquente (sentença indeterminada). Os defensores desta instituição já experimentada com bom resultado nos Estados Unidos da America do Norte (em Elmira e outros logares) divergem entre si, emtanto quanto uns entendem (van Hamel) que a decisão definitiva deve ser deixada ao segundo julgamento do tribunal judiciário, e outros (von Liszt) que deve ser confiada a uma autoridade especial (a autoridade incumbida da execução da pena). Também a respeito dos casos, em que deve ter cabimento a sentença indeterminada, não se dá ainda accordo. Entretanto actualmente não é mais contestado que a execução penal deve especialmente servir a fins de politica criminal designados pela lei e pela sentença judiciaria, e que, portanto, foi um erro funesto ter-se separado a legislação penal do concernente ás prisões (§61) ^(B).

(*) « *Indeterminate sentences* ». Cons. especialmente a 4.ª secção da União int. de d. p., 1898; boletins, 4ª, onde se encontram outras indicações; e mais Fubr, *Strafrechtspflege u. Sozial-Politik*, 1892 ; Stereau, *Gegen die Abschaffung der Strafmasses*, **Z.**, 18.º, 17.

(■) Note-se que na Alemanha o Cod. do proc. penal é lei imperial e o legislador bem podia ter regulado a execução da pena. Entre nós, porém, não compete á União legislar sobre o processo penal, e portanto não pode regular plenamente a execução da pena 1 N. do trad.

7.* — Finalmente a luta consciente contra o crime presuppõe • educação profissional da todas as •sesoas que se envolvem com a administração da justiça, convindo em particular que se tenham familiar isado completamente com o *modtu riremti* do mundo doa delinquentes aob todas a» suas direcções (">.

III. — A lógica e estrícta realisação da pena finalística soffre varias e importantes limitações que decorrem immediatamente da mesma idéa finalística (").

I !.• — A liberdade individual mio pode ser abandonada sem amparo ao interessa geral. Comquanto es limites da protecção á liberdade individual teuham tido traçados em diversas epochas por modo diverso, segundo as opiniões reinantes sobre os fins do direito e do Estado, certo ó que no *Estmlo ju-*//*•••'*. DO *Estudo srgttmJo o dirrUo /*'• ktutwtt*), fò | ae justifica a imposição do mal da pena, quando o agente tem manifestado * soa intenção hostil por ineio da um facto determinado e precisamente qualificado pela lei (adianto | 16, nota 4/).

2.* — O legislador ha do ter em conta aa in-taJçoert jurídicas que dominam na Ima popular, os tjaiao* moraos tradieionaea» (lierkel), como um poderoso o valioso factor. Deve abster-ee da romper bruscamente com essas intuições, tem todavia os> qut*cer jantais que é chamado e está em condições de dirigil-as e gradualmente formal-aa.

S.* — Além do effeito da pena sobre o delinquente, cumpre ter em attenção os effeitos da pena

em relação á collectividade. O exaggero da idéa da emenda é tão nocivo á consciencia jurídica do povo, quanto uma dureza destituída de toda conside-j ração para com o delinquente de ocasião ou uma brutal crueldade para com o incorrigível. A idéa) finalística serve de limite e de protecção a si mesma: nunca ha de parecer conveniente levar o meio além| do fim.

4.º — Também o reconhecimento de que o crime tem as suas mais profundas raízes no meio social servirá de protecção contra os exaggeros da idéa finalística. A convicção da « culpa collectiva da] sociedade» (A. v Oettingen) refreará a acção repressiva do Estado; prevenir a pratica do crime parecerá cousa de maior monta e de maior valia, tanto J para o individuo como para a sociedade, do que punir o crime commettido.

§ 15. — Justificação da pena finalística ante os adversários

LITTEEATURA. — Sobre as theorias antigas do direito de punir cons. as obras mencionadas nos §§ 7 e 9. Da extensa litteratura allemã dos últimos annos devem ser mencionados: Köhler, *Das Wesen der Strafe*, 1888; Lönning, | *JJéber die Begründung des Strafrechts*, 1889; Merkel, *Vergeltungsiaee und Zweckgedarike im Strafrecht*, 1892; Mittelstädt, *BchuU und Strafe*, G. 8., 46, 237, 387, 47º, 1; contra ambos I v. *la&zt*, *Die detenninislichen Gegner der Zwech>trafe*, Z.. 13º, 325; Pfenniger, *Grenzbestimmungen der Kriminalistischen Imputationslehre*, 1892 ; Herold, *BemerJcungen iiber das JPrinzip der Zweckstrafe*, Z., 12º, 573; Sternau, *Eme Sbrafrechts-theorie*, 1893; Seeger, *Die Btrafrechtstheorie Kants und seiner Nachfolger im Verhältnis eu den aUgemeinen Grundsätzen der kritischen Philosophie*, 1892. I

I. — A justificação da pena finalística está na *necessidade delia para a manutenção da ordem jurídica*

e conseqüentemente para a manutenção do Estado ()*. Outra justificação será supérflua, emquanto o direito do Estado á existência fôr somente impugnado pela theoria anarchista; será falha, desde que transpuzer os limites do conhecimento scientifico ⁽²⁾; será inútil, si se contentar com explicar a pena histórica ou psychologicamente ⁽³⁾, ou referil-a a uma outra idéa jurídica, que por sua vez dependerá do conceito do Estado ⁽⁴⁾.

(i) E' desconhecer os verdadeiros termos da questão contrapo-rem-se, como mui ordinariamente acontece, as theorias que assentam sobre a necessidade e as que assentam sobre a conveniência. A pena finalística tem sido sempre baseada na sua necessidade e nunca somente na sua conveniência.

(') Devem ser, pois, incondicionalmente rejeitadas as seguintes doutrinas: 1.ª a que refere a pena a um preceito divino. Neste sentido Protágoras, S. von Cocceji (ver a p. 66) e dentre os modernos Jarcka (f 1852), *Handb. des gem. deutschen Strafrechts*, 1.º, 1827; Bekker, *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, 1.º, 1869; Stahl (f 1861), *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 1830 a 1887. — O que é também verdade das doutrinas que envolvem a mesma idéa em roupagem pantheistica, como as de Platão (em Georgias) e de Leibnitz (f 1716, em sua Theodicea), e recentemente a de Kobler, *Wien der Strafe*, 1888, ou da doutrina que, — pretendidamente segundo as sciencias naturaes — deriva a pena de uma lei cosmico-tellurica. (Post, nas obras citadas no § 2, por ex., *Grundzüge*, 1.º, 176). — 2.ª Toda derivação *metaphysica*, isto é, que vá além da experiência. Isto tem applicação tanto ao *Imperativo categórico* de Kant (acima á p.) como á *Idéa absoluta* de Hegel (acima p. 76, nota 4.ª).

(') A doutrina que refere a pena ao instinto de vingança, como manifestação do instinto da própria conservação (acima § 2), pôde semente explicar-a, mas nunca justificar-a, quer a pena tenha em vista o individuo, quer o desenvolvimento da humanidade.

(*) São, pois, inúteis: 1.ª a theoria da *defesa ou da legitima defesa*, no que suppõe offerecer mais do que a justificação enunciada no texto. Por intermédio de Servin e de outros filiados á escola do direito natural, esta doutrina encontrou numerosos e importantes defensores,

II. — A pena finalística é de todo ponto compatível com um «livre arbítrio» subtraindo á lei da casualidade, mas completamente independente da verdade desta hypothese ⁽⁵⁾. A pena presuppõe)

especialmente entre os escriptores italianos (Bossi, Carmignani, Roma-gnosi, Carrara, Lucchini, etc.), como *teoria della tutela giuridica* (note-se bem, não *tutela sociale*). Também alguns escriptores francezes (como¹ Franck) e alguns poucos escriptores allemães prestaram-lhe homenagem. Dos últimos merecem menção Schulge, *Leitfaden der Entwicklung der philosophischen Principien des bürgerl. u. peinl. Rechts*, 1818, e Martin (t 1867), *Trat. de d. crim.*, 1825. — 2.* A theoria que deriva a pena de um pacto concluido com o delinquente, e portanto da própria vontade deste. Neste sentido já Aristóteles (*Eth. Nicom.*, 2.º, 8, § 1, 10.º, 9, ?§ 8, 8, 9), e depois numerosos representantes do direito natural e do período philosophico, desde Grocio até Rousseau, desde Beccaria até Fichte (f 1814); modernamente (além de Schopenhauer) Laistner, *Das Recht in der Strafe*, 192. — 8.' A theoria da reparação ou retribuição de Welcker (f 1869), *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813, *Encyklopädie*, 1829. Esta theoria (como outr'ora a de S. v. Cocceji) encontra o fim da pena na cessação do damno intellectual causado pelo crime (do mesmo modo que a indemnisação civil visa resarcir o damno material) e vê o seu fundamento jurídico na obrigação que incumbe a todo membro da communhão de reparar a offensa que tenha causado. Semelhantemente Hepps (f 18-51), *Theorie der bürgerlichen Gerechtigkeit*, exposição critica das theorías do direito de punir, 1829, 2.* ed., 1843-45. Nas doutrinas de Binding e de v. Wächter (appenso, 17) reconhece-se claramente a influencia de Welcker. Também segundo Lönning, a pena é «o restabelecimento do equilibrio jurídico no corpo social». Herold, Z., 12?, 578, defende a mesma idéa fundamental.

(⁶) E', pois, vicioso o methodo daquelles escriptores que querem construir o direito penal sobre o conceito transcendente da liberdade e portanto sobre a base vacillante da especulação metaphysica. Assim fazem v. Ihering, *Zweck im Recht*, 1.º, 3, Bumelin, *Reden und Aufsätze*, 1881, Hälschner, Binding, *Normen*, 2.º, 3, v. Holtzendorff, Lammasch, G. S., 44, 152, v. Meyer, *Die Willensfreiheit im Strafrecht*, 1890, Lönning, Kohler, Berner, v. Buri ultimamente, G. S., 48, 869; Birk-meyer, *TJrsaeheribegriff*, notas de 10 a 12 (contra elle Janka, Z., 9.º,



somente que o individuo sobre quem ella recae pôde sentir, como todos os outros homens, o mal que lhe é infligido, e, como todos os outros homens, pôde assimilar-se as idéas que a cominação e a execução da pena devem suscitar. A condição da culpa criminal, como responsabilidade pelo resultado que de facto se produz, é apenas a capacidade de determinar a vontade (capacidade, sem duvida, própria a todo homem maduro e são de espirito) por meio de idéas e representações em geral, e especialmente pelas idéas e representações oriundas da religião, da moral, do direito e do senso pratico que regulam toda a nossa conducta.

Mas comquanto a disputa philosophica sobre uma liberdade psychologica que fica além dos limites da

502), Zitelmann, *Irrtum u. RecMsgeschäft*, 158, Wundt, *Essays*, 1885, p. 105, Proal, *Le crime et la peine*, 1892., liestano, *La negazione dei §libero arbitrio e la responsabilità penale*, 1.º, 1892, Krohne, 205, Pfen-ninger (muito commodamente declara que o livre arbitrio é uma premissa que não está sujeita á prova), Kühlenbeck, *Der Schuldgriff als §Einheit von Wille und Vorstellung*, 1892, Ortloff, Z., lá.⁰ e outros. O direito penal, como qualquer sciencia, só se occupa com o homem empírico, e este absolutamente não é livre, determina-se por idéas e representações (motivos), e consequentemente está sugeito á lei da causalidade. Esta doutrina (defendida por Santo Agostinho, Oalvino, Luthero e outros) seguem moderadamente Merkel, 72; o mesmo Z., Iº, 533; o mesmo, *Vergeltungssidee u. Zweckgeãanke*; Mittestadt, ii. S., 887; Hertz, *Unreeht*, 1.º, 119; Haupt, Z., 2.º, 533; Jancha, 4.º; Jellinek, *Sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unreeht, Strafe*, 64; Krápelin, *Abschaffung des Strafmasses*, 1.º; Hrehorowies, *Grundbegriffe*, 17; Bunger, Z., 7.º, 80, 8.º, 576 (muito recommendavel); Fuhv, *Notstand*, 4.º, nota 2; van Houten, *Das Kausalitätsgesetz in der Soaalwissenschaft*, 1888; Wal-lascheg, *Studien zur Rechtsphilosophie*, 1889, p. 182; Moriand, *Délit neeessaire*, 1889, p. 150; Appelius, *Die bedingte Verwteihing*, 1890, p. 72; Glaser, *Zurechnungsfähigfeit, Willensfreiheit, Qewissen und Strafe*, 2.» ed., 1887; Klippel, Z. 19, 584: Zúrcker na Revista do direito penal

107

experiência, tão pouco possa abalar as bases do direito penal, quanto as de qualquer outro ramo do direito, qualquer que deva ser a solução da contro^a versia, é, todavia, certo que só a theoria da culpa que assenta sobre a intuição rigorosamente determinista pôde, de um lado, assegurar á legislação penal uma estabilidade inabalável e um desenvolvimento tranquillo e, de outro lado, impedir que idéas confusas, tomadas já ao direito e já á moral, lancem a obscuridade na sciencia. Emquanto a capacidade de determinar-se que incontestavelmente possui o homem normal não puder ser contestada, a possibilidade de derminar o delinquente por meio da pena ficará subtrahida ao conflicto das opiniões, a responsabilidade pelo resultado, a *culpa*, terá uma base firme

suisso, 6.º, 1; Dieffenback, *Die Willenafreiheit u die deutsche Rechtswissenschaft insb. die Strafrechtlehre*, 1889,- Eurt, *Willenafreiheit*, 1890; Delman, *Die Wissenschaft und das Strafrecht*, 1892; Vogt, *die Frage§ §der Verantwortlichkeit für unsere Handlungen*, 1892; Porei, *Hauptre-ferat für die Versammlung der Schweitzer Schutzaufsichtsvereine*, 1891; I Lotmar, *Vom Rechte, doa mit uns geboren etc*, 1893; Leithner, *Wo»§ ist Rechtf*, 1893; Biedenapp, *Beiiräge zu den Problemen des Selbst-§ bewusstseins der Willensfreiheit und Qesetzmässigkeitdes Geisies*, Diss., 1893; os italianos Ferri, Z., 2.º, 11, Loinbroso, Z., 1.º, 127, como todo os seus partidários, o russo Foinitzki no seu Manual e muitos outros. — Anteriormente Wolff, *Jus. nat.*, 8.º, 714, que qualifica a opinião] expressa no texto de *res satis manifesta*; Hommel (A. v. Jack), *Be-§ lohnung ti. Strafe nach türkisehen Gfsetzen*, 1770; os encyclopedistas francezes do XVIII século (cons. Hertz, *Voltaire*, 126); Feuerbach, | *Revision*, 1799 e nas primeiras edições do seu Tratado; Klein e v. Klein-Bebrod, Thibaut, *Beiiräge zur Kritik der Feuerbaehsehen Theorie*, 1802; p. 57 (que, como Moriand, 161, nota 1.^a, observa, define a idéa da imputabilidade justamente como o nosso texto) e também Geib, 8.*, 67. Na philosophia moderna Kant (que Binding completamente falsea) e Sebopenbauer pronunciaram-se pelo emprego absoluto da lei da causalidade no mundo da experiência (e somente com este Be occupa o cri- ' minalista).

e inatacável e o direito penal desenvencilhar-se-ha da idéa da retribuição, que, sem a hypothese do livre arbítrio, não pôde mais subsistir, pois cae com o «deves, logo podes» (°).

F III — A pena é *justa*, quando e em tanto quanto é *necessaria* para a manutenção da ordem jurídica. A idéa finalística na pena não só nos traça a mui disputada linha divisória entre o injusto punível e o não punível, senão também nos dá a medida da gravidade da pena quanto a sua qualidade e a sua extensão.

IV — Mas ainda quando não se queira deixar de contrapor á pena finalística a pena retribuidora baseada sobre o indeterminismo, não é impossível a conciliação destas idéas extremas. Em sua grande maioria os escriptores modernos, nenhum dos quaes tem a coragem de contestar na pena a idéa finalis-tica,—prestam homenagem a alguma das chama-1 das *theorias mixtas*, isto é, partem da justiça *re-tribwiâora*, mas abrem um maior ou menor espaço aos respeitos da conveniência (7).

(°) Não pensa assim Merkel que, com inconsequência notável, considera a pena retribuidora compatível com o determinismo.

(7) Neste lugar é inútil enumerar opiniões entre si tão divergentes. Basta mencionar alguns escriptores mais notáveis. Cõsul tem-86 : Abegg, *Die verchiedenen Strqfrechtst/ieorieen in ihrem Verháltni8§ §tu einander*, 1836 (applicação do methodo dialéctico de Hegel ao des envolvimento historico da pena); Grolmann (f 1829), *Qrunäsâtfsesder Kriminalrechiswissenschaft*, 1798, s*obre o fundamento do direito de punir e da legislação penal, 1799; Henke (f 1869), *Veber den [Streit der Strafrechtstheorieen*, 1811, Tratado, 1815, Manual, 1823 e seg.; Trendelenburg (f 1872), *Naturrecht auf dem Gh-und der Ethik*, 2.ª ed-, 1868 (os três últimos escriptores vêem a origem do injusto na intenção do agente, e portanto a extinção da culpa na emenda deste) — Ao mesmo grupo pertence toda a escola de Herbart. Este philosopho (t 1841), *Allgem. prakt. Philosophie*, 1808, refere a pena á

Segundo o nosso ponto de vista, a conciliação pôde ser tentada do seguinte modo ⁽⁸⁾.

A justiça retribuidora exige que cada um soífraj pelo que faz e que a pena seja medida conforme & gravidade da culpa. Cumpre pois entendermo-nos| sobre o padrão, pelo qual se afere a gravidade do| crime.

idéa da justiça compensadora, á retribuição. O facto não compensado aflige; a pena é pois exigida como necessidade esthetica, mas, como á; retribuição somente por amor da retribuição pertence á esphera da ma-levolencia, a pena precisa ainda de um motivo, e este é dado pelas idéas ethicas do direito e da benevolência. Os principaes representantes de Herbart na litteratura especial do direito penal são Geyer] (f 1885, cons. especialmente a *Geschichte und System der Rechtsphi-losophie*, 1863, e a *Introducção* do mesmo oscriptor no Encyclopedia ju-ridica de v. Holtzendorff, 2ª ed., 1882, opúsculos, 65) e "Wahlberg (cons. principalmente os *Grundzüge der Strafrechtlichen Zurechnungs-lehre*, 1857, e também a collecção de opúsculos, Iº, 1). — Também Heffter (f 1880), Trat., g 108; Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, Man., 1889; o mesmo, *Ueber den Zusammenhang zwischen der Entioicklung des Strafrechti und der Qesamtentwicklung der öffenilichen § Zustände und des geistigen Lebens der Völker*, 1889; LÖning, *Ueber die Segrundung des Sirafrechts*, 1889; Ziebarth, *Forstrecht*, 822. —• Berner, Trat. ; v. Meyer, Trat., p, 19, 25, G. S., 83?, 101, 161, J (contra elle v. List, Z. 1?, 604, 3?, 29); Merkel, Z. Iº, 657; LÖning, Z., 8?, 873; Geyer, *Krit. Vierteljakreschr.*, N. F., 5? 4/10)._Hál-schner, *Qem. deutsches St-afrecht*, 1.º, 558; v. Bar, Man., 1?, 311 (ver v. Liszt, Z., 8?, 23) — Sonntag, Z., 1?, 495 (ver Mittelstädt, Z., 2? 432, V. Liszt, Z., 8?, 27) — Binding na *Grunhuts Zeitschrift*^ 4? j 417, *Normen*, 1?, 2?, ed., 412 (ver v. Liszt, Z., 8?, 45; Geyer, 'Grtmdriss, 16, v. Bar, 1?, 808).

(⁸) Não cogitamos absolutamente de accrescentar uma nova theoria a tantas outras theorias eccléticas. Quem não compartilhar o desejo de uma *entente*, pôde considerar como não escripta a explanação subsequente, que não é essencial á contextura da nossa concepção scien-tifica. Nunca e em parte alguma o principio — *luta consciente contra o crime* — deixou de servir-no».

Os defensores da justiça retribuidora encontram esse padrão no *facto concreto* sujeito á apreciação do juiz e determinam a gravidade do facto, antes de tudo, pelo valor que a ordem juridica liga ao bem [lesado. O homicídio é mais grave do que a offensa |>hysica, o roubo mais grave do que o furto. E' pois pelo *resultado* que se determina o valor da acção.

Os defensores da idéa finalística, porém, encontram o padrão na intenção *delictuosa demonstrada pelo §facto*. No julgamento do delinquente vão além do [facto individual que faz actualmente objecto da kccusação, investigam-lhe o passado e d'elle tiram [conclusões sobre o futuro. Releva notar: não se trata da intenção delictuosa em si, mas da intenção demonstrada por um crime certo e determinado. A imposição de pena é medida que tão profundamente offende a liberdade individual e tão immediatamente affecta o bem estar da collectividade que nunca a intenção só, isto é, a suspeita, mas sempre somente o facto, isto é, a realidade, pôde dar causa justificada á acção repressiva do Estado ⁽⁹⁾.

Estas duas intuições não são entre si tão contrarias, como poderia parecer á primeira vista.

Antes de tudo cumpre notar que os defensores da justiça retribuidora abandonaram desde muito o seu ponto de vista em duas importantes questões. Em todos os casos em que o direito vigente agrava a reincidencia, toma-se em consideração na graduação da pena não só o facto a julgar, senão também a sua historia, não só o resultado material, se-

(⁸) Como delinquo é punido, para que não torne a delinquir. A velha disputa escolástica sobre o *punitur quia peccatuni est* e o *punitur me peecetur* tem justamente o mesmo valor pratico e scientifico, que teria a questão suscitada entre médicos sobre saber si elles curam para que o doente gose saude, ou si curam, porque o paciente está enfermo. fOf

não também e em primeiro lugar a intenção delictuos» do agente. E si, de accordo com as instrucções do ministério da justiça da Prússia, ao criminoso adolecente é applicada uma pena restrictiva da liberdade mais duradoura do que aquella que em igual caso recahiria sobre o adulto, a justiça retribuidora no sentido corrente nada tem, na verdade, que ver com esta medida da pena (^a).

Mas em todos os demais casos (e abstracção feita dos adolescentes e dos reincidentes mal restará a metade de todos os delinquentes) a medida da pena conforme a intenção delictuosa demonstrada pelo facto não é, attentamente considerada, um desvio, senão uma mais profunda comprehensão da idéa da retribuição. I

O agente deve expiar conforme a sua *culpa*» I Mas a gravidade da culpa não se determina, pelo menos em primeiro lugar, segundo o resultado material do facto, mas segundo o gráo da revolta, que pelo facto se manifesta, da *vontade individual contra j a ordem jurídica*. Os defensores da justiça retribuidora não podem regeitar pura e simplesmente esta these.

Ora, na culpabilidade jurídica dá-se uma distinc- * ção fundamental. A revolta da vontade individual | contra o direito pôde ser uma reluctancia por principio, por estado, correspondente á natureza innata ou adquirida do delinquente, ou um desvio exco-peional, eventual, episódico : *a luta de profissão contra^ a ordem jurídica e a aberração occasional são os dois I*

■ (■) O autor allude á educação correccional (*Zwangserziehung*), a que podem ser sujeitos os jovens delinquentes nos termos dos arts. 56 e 66 do O. p. da Allemanha e das leis prussianas de 18 de Março de 1878 e 28 de Junho de 18⁴. Mas esta medida não é pena, pois applica-se a menores que não têm ainda responsabilidade criminal ou que obraram sem discernimento. N. do trad.

[contrastes incisivos que se observam na culpa subje-wtiva, e, já que determinam a gravidade do delicto, a elles deve corresponder, segundo as exigências da [justiça, a gravidade da pena. Mas é este exactamente o mesmo resultado a que nos conduzio (§ 14) a politica criminal dominada pela idéa finalística. Com profundar-se a idéa da culpa desaparece o antagonismo das duas intuições. O categórico imperativo da retribuição coincide com os respeitos de utilidade em que se inspira a politica, //Q

As fontes do direito penal imperial

§ 16. — Enumeração das fontes

f I.—Segundo a intuição moderna, a lei é a única fonte do direito penal. Todas as disposições penaes pertencem pois ao direito estatuído (*) (^a). A legislação penal moderna parte da hypothese de que ella é completa e sobre esta hypothese funda o principio do seu *exclusivismo*. Tal é o preceito formulado nesta proposição que desde o período philosophico (Constituição franceza de 3 de Setembro de 1791) encontra-se regularmente nos codigos e é repetida no art. 2^o, 1^o al., do C. p. imp.: «nenhuma infracção pôde

(^o) Binding, 1.º 197, 201 e Z, 1.º, 4, é o unico escriptor **que** se afasta desta these.

(^o) Os jurisconsultos allemaes denominam *direito estatuído* *Çgesetztes Recht*, o *statute law* dos inglezes) o que é estabelecido pela lei, e *não estatuído* (*ungesetztes Recht*) o que tem outra fonte que não a lei j no direito moderno esta distincção corresponde ao direito escripto e não escripto. O direito penal é direito estatuído, porque não é costumeiro e repousa sobre estes principios fundamentaes: *nulla poma em lege*, j *nulla pcena tine crimine*, *nullum crimen sine pcena legali*.— Binding porém entende que ha também no direito penal direito não estatuído, porque liga a esta expressão um sentido mais restricto, considerando como tal somente o direito declarado *expressis verbis* pela lei e na lei,

///

ser punida com penas que não tenham sido previamente estabelecidas pela lei». Somente são puníveis as acções contra as quaes a lei tem expressamente comminado penas, e somente as penas expressamente comminadas pela lei são applicaveis.

A concepção relativa ás fontes do direito penal está em intima connexão com a missão que o direito publico de uma época dada impõe ao juiz criminal, missão que, por sua vez é determinada e limitada pela relação politica em que se acha o poder publico para com a liberdade individual. Somente quando e em tanto quanto o juiz criminal não é mero instrumento da *aplicação* do direito, mas também órgão de sua *formação*, ha outras disposições penaes que não as do direito estatuído. Assim o Imperio

e como não estatuído todo direito que se infere de *acto» concludentes*, e portanto todo direito implícito ou latente. Ora, no direito penal admite-se a interpretação para fixar o verdadeiro sentido da lei, quando esta é imperfeita e não diz o que o legislador quiz dizer; admite-se a interpretação por via de consequência, bem como a analogia que de uma lei ou de uma pluralidade de leis deduz o direito latente, embora o emprego da analogia seja limitado em materia penal; e finalmente a lei decretada pôde ter por presupposto outras disposições que não foram legalmente formuladas, como quando a lei expressa a excepção, mas não a regra, ou quando se baseia em normas não expressamente reconhecidas e declaradas. Além disto, sustenta que o direito costumeiro pôde derogar a lei penal, não só pela *demetudo*, como por uma *eonsuetudo* contrária. Em relação a esta, diz elle : « quando é manifesto que o legislador deixa de attender á necessidade imperiosa da qualificação de novos factos não de propósito deliberado, mas por incapacidade ou lethargia, ha de chegar a época — isto é tão certo como correrem os rios para o mar — em que a praxe considerará abandonado aquelle principio (*nullapcena sine lege*) pelo legislador e segundo a vontade presumida deste applicará penas a novos factos. Poder-se-ha então formar o uso e o legislador o approvará, guardando silencio, sancio-nará assim a nova comminação e a extineção da regra não ha pena sem lei*. (1.º, § 40 e seg.) N. do trad.



Romano, em contraposição ao direito vigente no período das *Quæstiones*, permittia que o juiz impuzesse penas *ad exemplum legis* (1. 7, § 3, D. 48, 4) ; o *inventor da sentença*, o *urteilsfinder* da idade média, hauria da sua convicção o preceito jurídico; o direito penal *commum* da Allemanha, baseado no art. 105 da Carolina, deixava á sciencia e ao costume o desenvolvimento de suas theses. E' esta a concepção que ainda se encontra na Theresiana. Mas no período philosophico (já a Áustria em 1787) o juiz não era mais do que o órgão da lei, ligado pela sua letra, e não pelo seu espirito. Chegou-se ao ponto de pretender prohibir, como outr'ora no tempo de Justiniano, toda interpetração da lei ⁽²⁾. As legislações modernas abstiveram-se destes exaggeros e incumbem ao juiz a applicação do direito tal como elle é reconhecido na sua ligação intima, isto é, sciencia-tificamente. D'ahi segue-se immediatamente que á *praxe judiciaria* (e somente por ella se manifesta o *[direito costumeiro]*) não pode competir a força *pro» ductora do direito*, quer se trate de pôr em vigor 1 novas prescripções, quer de abolir disposições vigentes {*desuetudo*) ⁽³⁾ ^(b).

(*) Cons. Geib., 1.º 328, Loning, Z, 3." 320, Binding, 1?, 23, nota 18, Stotzel, *Brandenburg-Preussens RechtsverwaUung*, 2.º 209.

⁽³⁾ A opinião contrária é ainda boje sustentada por alguns escri-ptores como Binding, 1?, 210, Hålschbner, 1?, 82, v. Meyer, 138 (mas «quando muito no campo do direito penal estadual»), Olshausen, § 2?, 5.— A praxe judiciaria pôde pois ser sempre alterada. Cons. também o God. de Org. jud., § 137.—Não raro tem produzido confusão de idéas a concepção completamente absurda de que a sentença judiciaria é **uma** *lex specialis*.

^(b) Eis o raciocínio dos criminalistas que admittem a *desuetudo* : «como a função negativa do direito costumeiro derogatoria do **direito** existente não foi expressamente vedada pelo art. 2 do O. p. (*nulla pcena tine lege*) e não se pôde contestar que o direito costumeiro comi-

/Z

Des'arte nega-se também á sciencia a força de crear direito. Pela *hermenêutica* ella pôde explicar o conteúdo das disposições legaes; pelo *desenvolvi-mento das idéas* pôde descobrir theses já existentes, mas não expressa nem immediatamente enunciadas. Mas não pôde nunca por autoridade própria crear ou abolir preceitos jurídicos. Somente á lei inhere a força productora do direito (°).

derado em si tenha também justificação no campo do direito penal, deve-se admittir que a *desuetudo* pôde revogar disposições penaes estabelecidas pela lei» (Olshausen, § 2, 6). N. do trad.

(°) Os criminalistas allemães distinguem a interpretação propriamente dita e a analogia: a primeira fixa o sentido da lei ou infere as consequências que a lei implicitamente encerra, ao passo que a segunda, baseada, não já na *dispositio*, mas na *ratio legis*, serve para preencher lacunas e é instrumento para o desenvolvimento do direito. A interpretação com todos os seus processos, segundo a conhecida distincção em grammatical, lógica, systematica e histórica, é applicavel ao direito penal do mesmo modo que o é a qualquer outro ramo do direito, podendo d'ahi resultar uma interpretação restrictiva ou extensiva para quem se colloca no ponto de vista da letra da lei. Uma e outra resultam do mesmo methodo. Quanto á analogia, ella é vedada pelo principio *nulla pcena sme lege*, é portanto inadmissível para a qualificação de novos factos, a applicação de penas diversas das que a lei tem comminado, a aggravação ou attenuação das penas legaes (n'este sentido a opinião coram um); fora d'estes casos, são controvertidas a admissibilidade e a extensão da analogia. Olshausen (§ 2 e 4) estabelece como principio geralmente aceito que a analogia é admissível para preencher lacunas da *lei*, mas não para preencher lacunas do *direito*, segundo uma distincção feita por Grolman e vulgarisada por Wächter, isto é, segundo a analogia se baseia em uma só lei ou no espirito do direito positivo, nos princípios que d'este resultam no seu conjuncto. Merkel admitte a analogia, não para o desenvolvi-mento do direito, mas para a sua applicação necessaria, quando se dal uma lacuna na legislação, e tal lacuna se dá, quando «a observância de preceitos jurídicos suppõe a decisão de uma questão de princípios, que o direito positivo não decidio; pois n'esses casos incumbe á ju**|

II. — Consequentemente a legislação imperial é a única fonte do direito penal do Imperio. As prescrições do legislador imperial apresentam-se sob três formas: 1.º como *lei* no sentido estrito, no sentido do direito publico; 2.º como *ordenança*, quando por excepção é facultado aos órgãos do Imperio um direito regulamentar em materia penal (*); 3.º como *tratado internacional*, quando este, segundo o direito publico, adquire força obrigatória ⁽⁴⁾.

tiça completar a lei par» poder applical-a. Assim o C. p. allm. fixa o máximo e o mínimo das penas, sem declarar as circunstancias que o juiz terá em atenção para gradual-as. A analogia porém não serve no direito penal para fazer desaparecer inconsequencias, fundando-se na regra «*ubi eaem legis ratio, ibi ejusdem legis dispositio*.» (HH, 2.º, 4.º). Binding vai mais longe: o emprego da analogia não é um direito, mas um dever que só soffre os limites estabelecidos pela lei. No direito penal ella é também factor do desenvolvimento do direito e só é vedada nos estrictos termos do art. 2 do C. p. Assim pode-se, por exemplo, estender a outros incapazes as disposições dos arts. 51 e 54 sobre os menores.—N. do trad.

(*) Cons. Laband, 1.º, 689, Hänel, 1.º, 271, especialmente Seuffert, Cod. p., 1.º, 33 (que indica o amplo direito penal facultado ás ordenanças pelas leis sobre o seguro). B' importante o art. 4 da lei sobre a jurisdição consular de 10 de Julho de 1870, bem como o art. 3 da lei de 19 de Março de 1888 concernente á situação jurídica dos territórios sob o protectorado allemão.

⁽⁴⁾ Compete ao *Bundesrat* (e não ao Imperador) estatuir os regulamentos de *administração* para a execução das leis imperiaes (art. 7 2 2 da Const. imp.). Qualquer outra ordenança sobre materia juri- dica só pôde ser decretada em virtude de uma delegação da lei, e esta a pôde conferir ao *Bundesrat*, ao Imperador, . ao chanceller do Imperio etc.— Si os tratados com os Estados estrangeiros referem-se a materias que pertencem ao domínio da legislação do Imperio, o consentimento do *Bundesrat* é necessário para a sua conclusão e a appro-vação de *Reichstag* para a sua validade (art. 11 da Const. imp.). N. do trad. j §">

M III. — Lei é a vontade da collectividade declarada pelo concurso dos factores legislativos e publicada nos termos da Constituição (Gonst. Imp., art. 2, 5, 17).

Lei é a vontade *declarada* da collectividade (⁶); não é a vontade que não foi *declarada* nem a declaração que não foi *consentida*. A declaração opera-se pela resolução que tomam o *Reichstag* e o *Bundesrat* e pela promulgação acompanhada da ordem de *publicação* por parte do Imperador.

E' de accôrdo com esta these que devemos apreciar os chamados *erros de redacção* (⁵). Diz-se que ha erro de redacção, quando a declaração mesma da vontade do legislador assenta sobre um erro. Como o legislador quer o que declara e de- I clara o que quer, a lei defeituosamente redigida é lei que obriga os cidadãos e que só por outra lei pôde ser abolida, e disto temos um exemplo na lei complementar de 25 de Fevereiro de 1875 que em um certo numero de casos (não em todos) corrigio o G. p. Causa diversa é a não conformidade entre a letra da lei publicada e a da resolução tomada. A lei erroneamente publicada não é lei, como não o é a resolução na verdade tomada, mas não publicada. Assim em tal caso a falta só pôde ser remediada por uma nova publicação que a rectifique (⁶).

(*) A collectividade constituída e organisada, isto é, o Imperio. Os factores legislativos são unicamente o *Bundesrat* e o *Reichstag*; o Imperador não tem a faculdade de dar ou negar sancção. N. do trad.

(⁶) Schütze, G.- A., 20, 851; Sontag, *Die Redaktionaversehen*, 1894; v. Wichter, G. S., 29.º, 821; Merkel, H. H., 4.º, 76; Wach, 1.º, 268; Binding, 1.º, 460.

(*) Segundo Binding, 1.º, 460, o vido na letra da lei deve ser simplesmente rectificado pela critica. Isto é tão incorrecto quanto a asserção que elle adduz como justificação, isto é, que a publicação

Do que fica dito segue-se que os trabalhos legislativos (*Materialen der Gesetze*), especialmente os motivos justificativos dos projectos de lei e os debates parlamentares devem ser utilizados, como meio de interpretação, com extrema cautela. Elles não são a vontade declarada da collectividade, e na hypothese mais favorável nos dão a conhecer os motivos que actuaram no animo de membros de um ou outro dos factores legislativos para declararem a sua respectiva vontade ⁽⁷⁾.

IV. — As leis que servem de fontes ao direito penal do Imperio são:

1.º o código penal (§ 10);

2.º as chamadas leis penaes accessorias (§ 11).

Forma especial apresentam as leis penaes, em que o legislador imperial apenas fixa as penas que commina, e deixa a outros poderes ou autoridades a qualificação do facto. Estes podem ser o Imperador, o *Bundesrat*, a administração dos negócios da justiça, a lei ou a policia estadual, ou mesmo a lei estrangeira.

Exemplos encontram-se no C. p., art. 145, 327, 328, 361, § 6, 366, §§ 1 a 10, 367, §§ 2, 5 e 14,

falseada basta para satisfazer a exigência da publicação formal. — A expressão «erros de imprensa» é muito estreita para a designação de taes casos. Frisante exemplo offerece o art. 141 do O. p. mil. *{(Festungssirgfe, em lugar de Freiheitsatrafte) j ver também o art. 96 do mesmo Cod. Hecker, 208.*

⁽⁷⁾ N'este sentido já se pronunciaram v. "Wachter, *Archiv*, 1839, 345; Schaffrath, *Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze*, 1842. Actualmente é opinião reinante na sciencia. Cons. Binding, 1.º, 471; "Wach, l.º, 282; Glaser, 1.º, 817. O Tribunal do Imperio não raro utiliza-se com muita largueza da « historia da génese » das disposições penaes e para a interpretação do O. p. remonta-se aos projectos do O. prussiano de 1851 e mesmo até ao *Landrecht* prussiano. I • *?

368, § 2, nos art. 6 e 7 da lei sobre viveres e em muitas outras leis accessorias. Merece especial menção a lei de 17 de Julho de 1881, art. 2 e 3, concernente ás infracções das leis aduaneiras austro-hungaras.—Tas disposições são denominadas *leis em branco* (Binding) ou comminações *suppostas* ou *abertas* (Heinze, Janka). Em todos estes casos a força obrigatória que liga o facto qualificado ás suas consequências jurídicas, isto é, á disposição penal mesma resulta de um preceito de lei imperial.

§ 17.— **Litteratura do direito penal imperial e das sciencias auxiliares**

Falta uma bibliographia completa do direito penal. Para o período anterior são recommendaveis as seguintes obras : Gr. W. Böhmer, *Hanãbuch der Litteratur des Kriminalrechts* nas suas relações geraes, com particular respeito á politica criminal e acompanhada de notas scientificas, 1816; Kappler, *Handbuch der Litteratur philosophischer und medizinischer Hilfswissenschaften*, 1838. — Para o novo período offerece informações tão completas quanto é possível o indice geral systemático e alphabetico dos 12 primeiros volumes da Z., que indicamos aqui uma vez por todos.—Sobre as leis accessorias, ver o § 11.

Neste logar devem ser mencionados como trabalhos mais importantes os seguintes:

I.—Edições dos textos : Rudorff, 17.* ed., 1894 (de Appellius); Olshausen, 5.^a ed., 1893 ; Dandè, 5.* ed., 1893; Dalcke, 5.^a ed., 1893; Rubo, 4.^a ed., 1893; Standinger, 5.^a ed., 1893.

II.—Exposições systematicas : tratados de Berner, 1.^o ed., 1857, 16.^a ed., 1891 j. Schutze, 2.^a ed., 1874; H. v. Meyer, 4.^a ed., 1888; Hoitzendorff (f 1889), *Hanãbuch des deutschen Strafrecht* por

contribuições de vários autores, 4 v., 1871-77; v. Wachter, *Deutsches Strafrecht*, preleções publicadas por O. v. Wachter, 1881; Hälschner, *Das gemeine mutsche Strafrecht*, systematicamente exposto, 1.º v., 1881, 2.ª v., 1884, 1887; v. Bar, *Handbuch des §deutschen Strafrechts*, 1.º v., historia do direito penal e^das theorias sobre o direito de punir, 1882; Binding, *Handbuch des Strafrechts*, 1.º v., 1885 I (analysado por Merkel, Z. 6, 496, v. Liszt, Z. 6º, 663). Elementos de Binding, 4.ª ed., 1890, Geyer, 11884-85, Lõning, 1885, Birkmeyer, 2.ª ed., 1892, v. Lilienthal, 1892. Exposições summarias de Merkel, 1889, Geyer na Encyclopedia de Holtzendorff (3/ ed., 1879, 5." ed., revista por Merkel, 1890 e |seg.), Kolner, 2.ª ed., 1893, Ziebarth, *Forstrecht*, 2.ª parte, e Olshausen no 3.º fascículo do seu *Grund-riss zu rechtswissenschaftlichen Vorlesungen* (na academia florestal de Eberswalde), 1891.—E'excelente a exposição de Seuffert na *Strafgesetsgebung der Gegenwart*, Iº, 1894.

III.—Dos commentarios, além dos de Meyer (Thorn). Kirchmann, Blum, Hahn, Puchelt, Rubo, [devem ser mencionados os de Oppenhoff, 12." ed., 1891, publicados por Th. T. Oppenhoff; de Riidorff, 4." ed., publicados por Stenglein, 1892; de v. Schwarze, 5." ed., 1883. A obra de Olshausen, 1.» ed., 1879 a 1883, 4." ed., (2 vol.) 1892, é o commentario mais desenvolvido e ao mesmo tempo mais solido sob o ponto de vista scientifico.—Binding, *Die gemeinen deutschen Strafgesetzbücher, Kom-mentare*, 1.º, introdução, 2.* ed., 1877.

IV.—Monographias sobre generalidades : Seeger, *Abhandlungen aus dem /Strafrecht*, 1858; Kostlin, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, livro publicado depois da morte do autor por Gessler, 1858; Glaser (*f* 1885), *Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht*, 1.º, 1858; o mesmo, opúsculos sobre o direito

penal e o processo penal, 2.* ed., 1883; Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867; Wahlberg, coleção de opúsculos e fragmentos sobre o direito penal etc, 1.º, 1875, 2.º, 1877, 3.º, 1882; Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, investigação sobre a acção jurídica e as especies de delicto, 1.º, 1872 (2.ª ed., 1890), 2.º, 1877; Hertz, *Das Unrecht u*d die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, 2.ª ed., 1882; Burger, *Ueber Vorstellung, Wille und Handlung als Elemente der Lehre von der Strafe*, 1888; Geyer, opúsculos sobre materia penal publicados por Hariburger, 1889; Kohler, *Studien aus dem Strafrecht* 1.º, 1880.

V.—Revistas: *Archiv des preussischen Strafrechts*, fundado em 1853 por Goltdammer, dirigido em 1872 por Mager, de 1873 a 1880 por Hahn, de 1880 a 1886 por Backofner, desde então por Meves, e do 37.º volume em diante por Meves, Dalcke e Mugdan; desde 1871 tem o titulo de *Archiv für gemeines deutsches und für preussisches Strafrecht*, *Gerichtssaal*, revista fundada em 1849 por Jagemann, publicada desde 1872 por v. Schwarze, depois da sua morte acontecida em 1886 por v. Holtendorff, e desde o 42.º vol. em diante por Stenglein. *Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung*, revista publicada por Holtendorff de 1861 e 1873, e fundada desde 1874 com a *Gerichtssaal*. A *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, fundada em 1881 por Dochow e v. Liszt, depois da morte do primeiro a (1881) continuada por v. Liszt e v. Lilienthal. *Mitteilungen der Union int. de d. penal* desde 1889. *36 Abhandlungen des preuss. Kriminalistischen Seminars* (a principio em Marburg, presentemente em Halle sobre o Saale), revista publicada desde 1888 por v. Liszt. *Strafrechtliche Abhandlungen des juristischen Seminars der Universität Breslau*, revista publicada por Bennecke, 4.* serie, 1893.



VI.—Collecções de sentenças. *Die deutsche Straf-[^]rechtspraxis*, 1.º vol. publicado em 1877 por Pezold, [Stiegele e Köhn, 2.º vol. publicado em 1880 por Zimmerle, confronto synoptico das decisões do Tribunal supremo do Imperio com o C. p. *Die Recht-§tsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen*, collecção começada no fim do anno de 1888, ao todo 10 vol. *Entscheidungen des Reichsgerichts in §Strafsachen*, decisões publicadas pelos membros do tribunal, e desde o 19.º vol. também pelos membros do ministério publico do Imperio. *Sammlung der §Entscheidungen des OLG Munchen in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses*, 1881 e seg. *Recht-§sprechung des Oberlandesgerichts Kolmar in Straf-Isachen* 1886, de Franz, 1891. *Grundlegende Ent-scheidungen des deutschen Reichsgerichts auf dem Gebiet] des Strafrechts*, colligidas por Apt para estudo e | para a praxe, 1892. *KritUche Veberschau iiber die r Rechtsprechung des Reichsgerichts* na Z. por Franck.

VII.—Casos criminaes. Além da antiquada *Kasuistik des Kriminalrechts* de Osenbriiggen (1854), » v. Bar, *Strafrechtsfälle*, 1875, Dochow, *Strafrechts-I falle*, 4.* ed., publicados por v. Liszt e Bennecke, 1891; Kohler, *Strafrechtsaufgaben sum Gebrauche . bei dem akademischen Strafrechtspraktikum*, 1.* secção, 1889; Schultze, *Rechtsfälle aus der Praxis der § Stra/senate des Reichsgerichts ais Strafrechtsaufgaben mitgeteilt*, 1891; Harburger, *Strafrechtspraktikum*, casos criminaes para estudo e para a praxe, 1892.

VIII.—Sciencias auxiliares.

1.º Sobre os trabalhos concernentes á biologia criminal, bem como á politica criminal, ver o § 13; sobre os trabalhos concernentes a prisões, o § 61.

2.º Psychiatria e medicina legal: Manual de Casper-Liman, 2 vol., 8.» ed., 1889-90; Maschka, Manual por contribuições individuaes, 4 vol., 1881

116-

e seg; Hoffmann, tratado, 5.^a ed., 1890. Cons. também Hoffmann, Z. 2.º, 82. v. Krafft-Ebing, *Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie*, 5.* ed., 1893; o mesmo, *Grundsätze der Kriminalpsychologie für Juristen*, 2* ed., 1882; o mesmo, Z., 2.º, 358, 4.º, 81, 5.º, 150; Sander e Richter, *Die Beziehungen zwischen Geistesstörung und Verbrecher*, 1886; Moeli, *Täbeler irre Verbrecher*, 1888; v. Krafft-Ebing, *Psychopathologia sexualis*, 8.^a ed., 1893; Moll, *Die konträre Sexual-Empfindung*, 1891 — Terej, *Hypnotismus*, 1889; Moll, *Hypnotismus*, 2.* ed., 1890 ; v. Lilienthal, 2, 7, 281; Bieger, 2, 8.º, 315; Forel, Z., 9.º, 131. As obras de Gilles de la Tourette e Bernheim sobre hypnotismo indicadas na Z., 9.º 725. 3.º Policia criminal. Ortloff, *Lehrbuch der Kriminalpolizei*, 1881 ; Avé-Lallemant, *Physiologie der Polizei*, 1882; Seuffert, W V., 1.º, 885; Gross, *Handbuch für Untersuchungsrichter*, 1893.

§ 18.—Imperio da lei penal em relação ao tempo

(DIREITO NOVO E DIREITO ANTIGO)

LITTERATURA.— Berner, *Wirksamkeit des Strafgesetzes nach Zeit, Raum, Person*, 1853; Seeger, *Täbeler die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, 1862 (Monographias, 2.º, 1)« Schmid, *Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen*, 1863; Lassalle, *System der erworbenen Rechte*, 1861, 2* ed., 1880; Binding, 1.º, 225, *Normen*, 1.º, 168.

I.—Já acima (p. 66) declaramos a epocha em que o C. p. imp. entrou em vigor nas differentes partes! do Imperio da Allemanha. Quanto ás outras leis penaes imperiaes, o começo e o fim de sua efficacia deterei minam-se segundo as regras geraes. Assim a lei*

começa a obrigar—si por ventura ella mesma não lixar outra epocha—no 14.º dia depois d'aquelle em que a *Folha official* do Imperio a publica em Berlim (Const. imp., art. 2). Para os districtos consulares este prazo é elevado a quatro mezes (lei de 10 de Julho de 1879, art. 47); disposição que prevalece também em relação aos territórios ^ob o protectorado da Allemanha. A effícaria da disposição penal, si a lei mesma não limitou a sua Jforça obrigatória a um certo período ou não a fez I depender da realisação de uma condição, só termina I pela revogação expressa ou tacita por parte do I poder legislativo. A lei é a única fonte donde pro-I cede tanto a origem, como a extincção das disposições penaes do Imperio.

L Quanto á revogação tacita, a regra a observar é que a *lei posterior nas materias por ella reguladas [revoga as disposições da anterior.* A idéa de *materia* determina-se segundo as regras dadas no § 19 Qj

Este preceito tem applicação, primeiramente, as leis penaes do Imperio nas suas relações reciprocas, ípouco importando que a lei posterior ou a anterior I seja uma lei accessória ou uma disposição do C. p. [Assim o art. 23 da lei de 10 de Junho de 1869 I sobre o sello de letra (lei accessória) foi revogado f pelos arts. 275 e 276 do C. p., e ao envez o I art. 287 do C. p., foi substituído pelo art. 14 da I lei de 30 de Novembro de 1874 sobre marcas de I fabrica.

Rege em segundo logar as relações das leis pe- I naes imperiaes com as leis penaes estaduaes ante- t riores (mas não *viceversa*). Cons. a este respeito

(J) E' singular o accordo de Binding (1.º, 884) nesta parte. I Veja-se adiante o § 19, nota 1.º.

Rege finalmente as relações entre os diversos ramos do direito imperial. (Cons. também o art. 2.º da lei de introdução do C. p.)

II. — Imperio ou validade de uma lei quer dizer que os eífeitos jurídicos que ella liga a um certo facto se produzem, desde que o facto é dado. D'ahi segue-se que toda lei é somente applicavel aos factos que occorrem sob o seu imperio, salvo si o legislador declarar o contrario em relação a factos occorridos, quer antes, quer depois de vigorar uma lei.

Este principio prevalece também em materia de direito penal. Também a lei penal nSo tem eflfeito *retroactivo ou ulterior*, senão quando o legislador lh'o dá expressamente ⁽²⁾.

(*) A questão é muito controvertida. Oom o texto concorda a opinião commum fem razão da hypothese de uma obrigação oriunda da culpa.). Pelo effeito retroactivo Schmid, 190, Binding, 1.º, 230, Geyer, 1.º, 89, Hálschner, 1.º, 166, Schútze, 48. Outros, por ex. Meyer, 150, querem que em these applique-se sempre a pena mais branda (*).

(*) Os que se pronunciam pelo effeito retroactivo, como Schwarze, H. H., 2?, 26, ponderam: cada lei começa a vigorar, salvo disposição em contrario, desde o momento de sua promulgação e desde então é para o juiz a norma reguladora no julgamento das causas que lhe são sujeitas; as excepções a esta regra não a podem alterar nem converter l a these contraria em principio. Binding funda-se na sua theoria da8 normas, de que faz justamente nesta materia uma das suas mais ho- ' taveis applicações: como o delinquente viola a norma, e não a sancção penal, nada obsta em principio que a nova lei se applique aos factos occorridos sob o imperio da anterior. — Sendo disposição do direito 5 positivo a applicação da nova lei, quando mais branda, as diversas opiniões reduzem-se a uma ou outra destas duas formulas — «a nova lei applica-se a factos anteriores, salvo quando a lei antiga fôr mais branda» — «a lei antiga applica-se aos factos occorridos sob o seu i perlo, salvo quando a lei nova fôr mais branda». — Entre nora solução não 6 duvidosa, pois a não retroactividade das leis é principio constitucional, N. do trad.



D'ahi a regra, aliás implicitamente contida no art. 2.º, 1.º ai. do C. p.: *as disposições penes são applicaveis aos actos praticados sob o seu imperio, e f inapplicaveis aos actos praticados anfs ou depois que a lei penal começou a vigorar ou cessou de vigorar.*

Attendendo porém ás exigências de uma benignidade que não se funda em razões jurídicas, mas que é digna de approvação, o legislador, sem revogar esta regra como principio, abre-lhe a seguinte excepção:

«Si desde a epocha em que a infracção foi commettida até a epocha do respectivo julgamento a lei penal for alterada, applicar-se-ha a disposição mais branda» (0. p., art. 2.º, 2.º ai.).

Assim dá-se effeito retroactivo á lei mais branda e ao mesmo tempo admite-se este principio : «depois I que uma lei penal cessa de vigorar, ninguém pôde ser mais condemnado por acto que a mesma lei qualifica e que tenha sido praticado anteriormente á epocha da revogação». (Exemplo, a abolição da lei sobre os socialistas). (^s)

Uma vez admittido este ponto de vista, segue-se logicamente que os tribunaes devem ter em attenção não só as leis vigentes *a)* ao tempo da acção e *b)* ao tempo do julgamento, senão também *c)* as leis pe-naes que foram decretadas no período intermediário (considere-se a abolição transitória da pena de morte '- em alguns Estados da Allemanha).

III. — Quando o juiz tem de escolher d'entre [duas ou mais leis a menos severa, deve antes de tudo decidir o caso que lhe é sujeito successiva-mente em face de cada uma das leis em questão, e

(*) Porque a attenção que deve ser prestada á lei mais branda, ' não pôde ser negada á isenção de pena resultante da nova lei. Não ha que distinguir si a lei é revogada expressa ou tacitamente. Semelhantemente Hälschner,

1?, 128; pelo contrario Binding, 1?, 237, 268, v. Meyer,

¹ 163, Olshauaen, g 2.º, 16; S., 16 de Janeiro de 91, 21.», 294. | i</

portanto verificar as circunstancias constitutivas do crime segundo a qualificação de cada uma delias».* Qualquer combinação de leis penaes diversas lhe é absolutamente vedada. O *resultado mais favorável* para o accusado é o que prevalece. Note-se que devem ser tomadas em consideração, não só a qualidade e a extensão da pena, senão também todas as circunstancias relevantes em direito penal, como as penas accessorias, a influencia das circunstancias agravantes e attenuantes, as disposições legaes sobre a reincidencia, a cumplicidade, a tentativa, as condições de punibilidade etc. Si d'esse exame resultar a impunidade do facto ou uma pena mais branda, segundo alguma das leis de que se trata, porque essa lei, por ex., não pune a tentativa ou não agrava a reincidencia, é ella que deve ser exclusivamente applicada. A mesma regra prevalece a respeito das causas extinctivas de pena e especialmente a respeito da prescrição: si a acção ou a execução da sentença prescreveu segundo uma ou outra de ditas leis — e n'esta parte cumpre tomar para ponto de partida do lapso da prescrição em relação tanto á lei anterior como á posterior a epocha da pratica do facto ou a epocha em que a sentença passou em julgado — segue-se a absolvição⁽⁴⁾. Os

(*) Não tem fundamento a opinião, segundo a qual a prescrição que deve ser contada de accordo com a lei posterior começa a correr da epocha em que esta entrou em vigor. Tem-se dito muitas vezes que a prescrição da pena nos termos do art. 70 do C. p. não tem applicação ás penas pronunciadas por sentenças que passaram em Julgado antes de entrar o C. p. em vigor (art. 2.º, ai. 2. — «si desde a epocha em que a infracção foi commetida até a epocha do respectivo julgamento a lei for alterada.....>). Neste sentido Hälschner, 1.º, 126, Olshausen, § 2.º, 13, Heinze, H. H., 2.º, 21. Nada se oppõe á applicação desta regra por analogia. Correctamente Berner, 817, Binding, 1.º, 266, v. Risch, Z., 9.º, 44, nota 60.

obstáculos de natureza *processual*, que eventualmente se opponham ao exercício da acção, não são tomados em consideração. Como a exigência da queixa deve ser considerada requisito processual, a apresentação ou a falta de apresentação da queixa não tem influencia.

Veja-se o art. 3.º da Novella de 26 de Keverôio que assim dispõe : « com relação aos actos que tenham sido praticados antes de entrar em vigor a presente lei, a necessidade da queixa e a desistencia delia se regulam pelas leis anteriores » ^(B).

Si as penas estabelecidas pelas leis que devem ser comparadas, forem eguaes quanto ao rigor, prevalece de novo a regra geral, bem como no caso de não poderem as penas ser comparadas.

^ § 19. — Imperio da lei penal quanto á materia DIREITO

IMPERIAL E DIREITO ESTADUAL

LITTERATURA. — Heinze, *Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen*, 1870; o mesmo, *Das Verhältniß des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht*, 1871; Binding, *Der Antagonismus zwischen dem D. St.-G.-B. und dem J. d. d. v. des § 1. d. J. d. v. Ges.*, 1871; Hälschner, 19, 89; Binding, 19, 270; Scherer, G. S., 39, 614.

i I. — Em virtude do art. 2.º da Const. Imp. o Imperio exerce o poder legislativo nos limites tra-

^{I^a)} O confronto das diversas leis penaes que podem ser applicadas I Be faz *in concreto* e não *in abstracto*. Applica-se a lei que fôr mais branda em relação ao caso concreto sujeito a julgamento, e assim evitam-se as difficuldades, talvez insolúveis, que resultariam do confronto *in abstracto*. — O nosso Cp., art. 8.º, manda applicar a lei posterior somente nos casos previstos sob *a* e *b*, e assim deixa de attender á lei nova, quando sob qualquer outro ponto de vista (por ex., prescripção) ella fôr mais favorável ao accusado. A formula simples do Projecto, art. 2.º («disposição mais favorável»), é preferível. N. do. trad. J/Q

çados pela Constituição, cabendo às leis imperiaes a precedência sobre as leis estaduaes.

As leis estaduaes não podem contrariar as disposições expressas ou tácitas das leis imperiaes nem têm força para confirmá-las; si o fizerem, os seus pretendidos preceitos não obrigam, não são leis. Assim, de um lado, as leis estaduaes antigas ficara revogadas, quando as disposições das leis imperiaes penetram no campo que ellas occupam, quer as leis imperiaes as contradigam, quer com ellas se conformem, sem que se faça mister uma revogação expressa; e, de outro lado, a acção futura do legislador estadual é, sob o mesmo presupposto e na mesma extensão, destituída de effeito.

A lei de introdução do C. p., art. 2.º e 5.º, expressa de um modo pouco feliz este principio constitucional, declarando revogadas as leis penaes dos Estados « concernentes às materias, que fazem) objecto do C. p. do Imperio da Allemanha ». O Cod. tem por *materia*, isto é, por objecto, as acções que o legislador declara *passíveis ou não passíveis de pena* ⁽¹⁾. A legislação local é, por consequência, destituída de vigor:

1.º quando a legislação imperial declara expressamente que um acto é punível;

2.º quando a legislação imperial declara expressa ou -tacitamente que um acto é isento de pena.

(1) Mas não as denominadas doutrinas gernes que só têm importancia em relação a certos crimes. Não ha uma tentativa de crime em geral, mas somente tentativa de homicídio, de furto etc. No espaço que lhes é deixado livre, podem as legislações territoriaes estatuir disposições que Be desviem das do C. p. imp., e desta attribuição ellas tem feito largo uso. Vêr as leis de policia florestal e as leis penaes florestaes. Ziegner - Gnúchtel, Z., 8.º, 232. De accordo Olshausen, Lei de intr., § 2.º, 13, e as dec. do Trib. do Imp. do 1 de Maio de 80, 2.º, 34, e 19 de Maio de 84, 10.º, 392, bem como anteriormente o an-

Como esta ultima declaração é de ordinário tacita, o silencio da legislação imperial pôde ter dupla significação: pôde importar uma disposição negativa e tacita (silencio qualificado) ou significar que o legislador deixa a regulamentação da materia á legislação estadual. Qual seja o pensamento do legislador Imperial é questão que deve ser resolvida, tendo-se em atenção não só a historia da lei respectiva, senão também e principalmente a *lei mesma* estudada na connexão das suas disposições expressas. A questão de saber qual o espaço deixado á legislação territorial é uma questão de *interpretação* da legislação imperial. Si o caso é duvidoso, devemos decidir-nos contra a admissão da regulamentação por lei estadual em consequência do disposto no art. 4.º n. 13 da Const. Para a solução da questão não se deve deixar de tomar lambem em consideração a gravidade das penas que a lei estadual pôde decretar (lei de intr., art. 5.º).

tigo tribunal (federal) superior du conuncrcio, o especialmente Seuffert, St. 6., 1.º, 86, 87. Divergentes Binding, 1.º, 807, Hálschner, 1.º, 110, v. Meyer, 147, Merkel, 147, Zicbarth, 328 (•).

(*) A questão de saber si as leis especiaes dos Estados que continuam em vigor ou que podem ser decretadas, devem conformar-sel com as regras da parte geral do C. p. ali., tem recebido soluções op-postas, além das opiniões intermediarias. Uns (v. Liszt, Olsbausen, v. Schwarze) affirmam a plena independência das leis locaes em relação ás regras gerues do C. p. cora mu m; outros (Binding, liubo)| 'querem que as regras geraes do cod. tenham absoluta applicção ás infracções previstas nas leis especiaes dos Estados. Na praxe é a primeira opinião que tem prevalecido e os tribunaes tem applicado leis dos Estados que no concernente á punição de menores, á prescripção, á tentativa e ao crime consumado, apartam-se das regras do cod. com* mum. Entretanto admitte-se que os Estados não podem contrapor a parte geral dos seus antigos cod. á parte geral do cod. ali., mas somente desviar-se desta nas leis especiaes. Binding assignala com vigor esta inconsequência. N. do trad. J.2O*

Exemplos. No ultimo capitulo do C. p. o legislador agglomerou, sem uma idéa directora, um certo numero de contravenções de caracter diverso, e d'ahi infere-se que não vedou a acção legislativa dos Estados em materia de contravenções policiaes ⁽²⁾. Continua pois a vigorar na Prússia rhenana a pro-hibição concernente aos annuncios de remédios secretos (dec. do Trib. do Imp. de 25 de Maio de 82, 6.º, 329). A falta de systema que se nota no cap. 25 do C. p. imp. autoriza também a affirmar que continuam a vigorar p art. 270 do C. p. prus-siano e o art. 412 do C. p. francez, ai. 2.*, concer*] nente á liberdade de offerta nos leilões públicos (dec. do Trib. do Imp. de 27 de Março de 84, 10.º, 221, 6 de Março de 88, 17.º, 203, Olshausen, cap. 25, 3; em contrario v. Meyer, 147, 155, Zie-barth, 327, 385). Também não estão revogadas as leis penaes locais sobre os advogados não autorizados. Estão, pelo contrario, em contradicçãoj com o direito imperial as leis locais que pro-hibem jogar em loterias estrangeiras. Do modo minucioso e completo por que o C. p. imp. trata o| falso testemunho, infere se que o depoimento falso não jurado deve ficar impune, e a mesma razão prevalece contra a vigência das disposições contidas nas leis locais sobre os duelos de estudantes que se denominam *Schlägersuren*. Ver sobre estas três questões a parte especial.

(²) Dos codigos penaes de policia podem ser apontados como mais importantes o bavuro de 26 de Dezembro de 1871 (Comrnentario de Standing, 8* ed., 1893), o wurtemberguense de 27 de Dezembro de 1871 (Hchioker, 2? ed., 1888), o badenso de 31 de Outubro de 1863, modificado em 1871 (Schlusser. 1888), o hessense de 1865. A Prússia, a Saxonia, a Alsacia 'não possuem legislação policial codificada. Vôr em geral Eosin, W V, 2.º, 278, Seuffert, St. G., 1.º, 94, Mascher, *Die preussisch-l deutsche Polizei*, 4? e 5? ed., 1885.

W Tendo o Tribunal do Imperio contestado por varias vezes e com razão (dec. de 17 de Novembro de 89, 16.º, 340, 20 de Fevereiro de 88, 17.º, 134) estar em vigor o art. 8 da lei prussiana de 25 de Março de 1822, a lei de 29 de Março de 1888 declarou expressamente que continuavam a ser passíveis de pena os *cm sêditieux*.

A influencia do direito penal imperial sobre as penas privadas do direito civil suscita duvidas. Cumpre observar a seguinte regia: estão abolidas as chamadas *peitas privadas* que têm realmente o character de pena, isto é, aquellas que vão além de uma indemnisação pecuniária ao o (Fendido, inclusive a *satisfação* (em dinheiro) por offensa a interesses que não são patrimoniaes ^(a)). Estão pois abolidas a *re-tractação*, o *pedir perdão*, o *dar publica satisfação* ("), mas não a mera acção de injuria do direito civil; está abolida a estimação do damno feito com fim

⁽⁸⁾ Ver os tratados de direito civil de Wiudseheid, Derr.burg, titubbe e outros; Mandry, *Zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetzè*, & ed., p. 234, 226, 231 ; Landsberg. *Injurien und Belei-Hgung*, 1886, e espcciaineute Seuffert, StO., 1?, 85. — Pelo facto de conceder ao offendido o direito a uma multa privada que pôde ser pedida no processo penal (adiante | 67), a lei não affectou outras protenções mais amplas e admissíveis segundo o direito civil.

^(b) A *Widerruf* (*recantatio*, *palinodia* — declaração por parte do of-fensor ao offendido de não ter dito a verdade), *Abbiie* (*deprecatio*, manifestação de arrependimento e pedido de perdão) o a *Ehrencklänmg*] (*honoris declaratio*, declaração formal do offensor do que reconhece a honra do offendido e que não teve a intenção de desacreditai o) eram penas do direito commum da Allemauha oriundas do usanças da edado média (Feuerbach, Trat., § 95, Grimm, *Rechtsalterthilmer*, p. 711). A cbamada acção do *palinodia*, para que o injuriante se desdisse, retractasse ou recantasso a *palinodia* em publico ou em audiência, é mencionada por M. Freire, que reprovava o seu uso em Portugal (*Cod. C/im. § l 20*, obí. ao tit. 35, *Itut. Jur. Orim*, t. 8, 16). N. do trad. [^/

penal de accordo com o lei Aquilia, mas não a acção de indemnisação que sobre esta se baseia. Não está abolido o *preço da dôr* ^(c), mas estão revogadas não só as penas publicas comminadas contra quem illicitamente faz justiça por suas próprias mãos (Baviera, 1813, Wurttemberg, Braunschweig, Saxonia, 1868), senão também os effeitos penaes de direito civil que ultrapassem os limites da reintegração e da indemnisação (*decretum Divi Marci*) ^(d).

II.—Quanto ás *materias não reguladas por lei imperial*, o legislador estadual tem os movimentos livres. As antigas leis continuam a vigorar e novas leis podem ser decretadas. E' este o principio que o art. 2.º, al. 2.º da lei de introd. enuncia, comquanto induza em erro, contrapondo ao C. p. as *disposições especiaes* da legislação local. O facto material da inserção da disposição em um cod. penal ou em um cod. policial, ou ainda em uma lei accessoria, não tem a mínima importancia para a nossa questão. Mencionando as disposições concernentes ás infracções á policia da imprensa, ás leis sobre os correios,

(•) *Schmerzensgel-l*. Assim se chama a satisfação que, além da reparação do dam no patrimonial, é devida ao offendido no caso de offensa physica pela *dôr soffrA la*. A acção é civil (*adio utilis e.v lege Atjuilia*).§ A questão de saber si tal satisfação está abolida é controvertida. Stobbe, *lla.ulb* , § 208, 2. N. do trad.

C'j A *SelbttkU/e* (fazer valer o seu direito por autoridade privada) distingue-se em defensiva o aggressiva. A primeira pertence á doutrina] da extrema necessidade, da legitima defesa e da resistência a ordens il-f legaes. A segunda ó punida, quando constituo algum dos delictos definidos no C p. imp., e nos demais casos fica impune; é mesmo permittida pelo direito civil em certos casos, como o apoamento de animaes encon» trados em terreno alheia— O *Decretum Divi Marci*, varias vezes meneio, nado no Digesto (1. 13, 4, 2, 1. 7, 43, 7) impunha penas civis ao credor que fazia valer o seu direito independentemente da autoridade da justiça. N. do trad.



ps impostos, as alfândegas, a pesca, a caça, a policia rural, bem como as disposições concernentes ao direito de associação e de reunião e as que versam sobre o furto de madeira nas florestas, o art. 2.^o da lei de introd. fez apenas uma enumeração exemplificativa (⁴).

III.— Mas * certos limites são traçados á legislação estadual ainda no campo que lhe é reservado, e portanto nas materias não reguladas por lei imperial.

1.^o Em todos os csaos em que as leis estaduaes se referem a disposições penaes que o C. p. do Imperio revogou expressa ou tacitamente, as disposições correspondentes do mesmo Cod. serão appli-cadas em lugar dos textos revogados (art. 3.^o da lei de introd.).

Assim, quando as leis penaes accessorias dos Estados guardam silencio sobre as regras geraes do direito penal, devemos entender que ellas se referem aos seus respectivos codigos e que, portanto, têm applicação as disposições geraes do C. p. Imperial.

2.^o Desde o 1.^o de Janeiro de 1872 (1871) não é permitida a applicação de penas de natureza diversa daquellas que o C. p. imperial tem estabele-

K (*) A menção do furto de madeira é também exemplificativa ; esta infracção é—e sempre fui—cousa essencialmente diversa do furto, com o qual só tem de commum o nome, e nunca foi comprehendida entre as «causas infamantes». Cons. em geral Ziegner-Gouchtel, Z. 8.», 222 ; SchwappachjW V. 1.^o, 442. No sentido do texto John, Z., 1.^o, 278, Com-mentario, 1.^o, 97; Kayser, H H, 4.^o, 46; Glaser, 1.^o, 280. *Contra*, a opinião commum, especialmente Olsbausen, Lei de Introd., § 2.^o, 10, Binding, 1.^o, 3J6, nota 9, *Normen*, 1.^o, 160 (não assim na 1.^a ed., 1.^o, 78), Seuffert, St.-G., 1.^o, 86. As leis respectivas (na Prússia lei de 25 de Abril de 1878 sobre a policia florestal e a policia rural, na Alsacia-Lorena a lei de 9 de Julho de 1888 sobre a policia rural) são enumeradas por Binding, 1.^o, 308, nota 3* Ver mais Ziebarlh, 873. (£2

eido. Este principio soffre a seguinte excepção: quando as leis estãduaes prescreverem ou permittirein a substituição da pena de encarceramento ou de multa por trabalhos florestaes ou communaes, taes disposições continuarão a vigorar (art. 6 da lei de introd.) ⁽⁶⁾. I 3.º As leis estãduaes não podem com minar outras penas que não as de encarceramento até dois annos no máximo, detenção, multa, confisco de determí-J nados objectos e perda de funeções publicas.

Ao passo que as limitações mencionadas nos| ns. 1 e 2 referem-se ás leis antigas como ás futuras, a terceira limitação refere-se somente a estas, sem] de modo algum affectar immediatamente aquellas ⁽⁶⁾.

IV. — Por disposição expressa de lei imperial (art. 8º da lei de introd.) foi reservado aos Estados o direito, aliás subentendido, de decretar medidas transitórias destinadas a harmonisar com os artigos' do novo C. p. as leis locaes que continuassem a vigorar e portanto não affectadas pela legislação ini-j perial ⁽⁷⁾. Em todos os Estados, menos a Prússia, o Lauenburg e Waldeck, foram decretadas taes leis de introduccão.

⁽⁵⁾ Os castigos corporaes não são pois admissíveis como pena, e sim somente como medida disciplinar. Diverge Seuffert, St.-G, 1.º, 86.

⁽⁶⁾ A questão é controvertida. No sentido do texto a opinião eorn-mum, especialmente v. Meyer, 146, Olshausen, Lei de introd., art. 5, 2. *Contra*, Heinze, G. S., 80, 661; Binding, 1.º, 298; Hälschner, 1.º, 103 ;| Kayser, H. H., 4.º, 52.

[V C) Dentre os trabalhos que têm por objecto o direito penal local,, merecem menção, alem das obras já apontadas no § 11, o *St.-O.B.fur do§§ Deutsche Reich in sevner Anwendung im Königreich Bayern*, 6? ed., 1889 (JBamberg) ; Gosch e v. Diiriug, *Mecklenburg-Schwerínsches LandesA atrafrecht*, 1887, *Mechlenburg-Strelitzsches Landesstrafrecht*, 1887. Sobre o direito francez cons. Scherer, G. 8., 89.º, 621. Sobre a clássica lei de¹ introd. bavara, cons. Seuffert, St.-G. 1.º, 93, e sobre a materia do direito penal local o mesmo, 98.

§ 20. — O imperio da lei penal quanto ao espaço

(Sob o ponto de vista doutrinário)

LITTERATURÄ.—Berner, *Wirkungskreis*, 1853 ; Sehnid, *§iSerrschaft der Gesetze*, 1863; v. Bar., *Lehrb. äes inter-
InaHonälen Privai- und StrafrecJds*, 1892; v. Boland, *Das in-
§ternationalen Strafrecht*, 1877, 1? (ver a *Krit. Yiertelj. Schr.*
N. F., 19, 453) ; v. Liszt, *Z.* 29, 50; v. Bar, G. S., 34, 481,
350, 561 ; Geyer, *Z.* 39, 619; Binding, 19, 370; Har-burg,
Der slrafrechtliche Begriff Inland, 1882 ; Lammasch,
§Auäiefstrungspflichtunã AsylreoM, 1887 ; o mesmo, G. S. 40,
19; v. Martitz, *Internationale BecMshilfe in Strafrsachen*, 19,
1888.

I. — Intencionalmente evitámos no titulo deste paragrapho o emprego de expressão *direito penal internacional* introduzida por Bentham, sob a qual se costuma comprehender idéas inteiramente diversas. Com esta denominação designam-se :

1.º As regras sobre a efficacia da lei penal em relação ao espaço. Essas regras, consideradas em si, pertencem ao direito *nacional*. Mas, com o reconhecimento de que a legislação de cada juiz deve ter empenho em harmonisar se com os dos outros, preencher lacunas e evitar intervenções, surge uma serie de normas de *direito internacional* — e portanto de exigências internacionaes ao legislador nacional, as quaes podem também (e com maioria de razão) ser comprehendidas sob aquella denominação. Uma secção importante delias é a que tem por objecto a *assistencia internacional em materia juridica*, especialmente sob a forma da extradicao de que tratará o § 22.

2.º Accordos internacionaes sobre a protecção de bens jurídicos pela lei penal. Não é grande oj numero nem a importancia, delles. Mencionaremos

t?3

a convenção sobre a philoxera de 3 de Novembro de 1881, o tratado sobre a protecção do cabo submarino de 14 de Março de 1884, o acto geral de Bruxellas de 2 de Julho de 1890 contra o trafico) de escravos. Taes tratados impõem aos Estados que] os celebram a obrigação *segundo o direito internacio-§ mal* de decretar os disposições correspondentes. Ori-| gina-se assim em diversos Estados um direito em substancia idêntico, mas a fonte de sua obrigatoriedade *segundo o direito publico* 6 a lei nacional e não o tratado internacional, pelo que não se faz mister tratarmos especialmente de tal assumpto neste logar. Neste e no seguinte paragrapho trataremos da materia a que se refere aquella denominação tomada no seu primeiro sentido.

II. — Partindo do principio de *direito interna cional* que a soberania do Estado em relação ao es paço é limitada pelo território, chegamos a esta con clusão : cada Estado tem de applicar o seu direito penal a *todas as acções puníveis* que forem praticadas no respectivo território e portanto no *pais*. Não ha que distinguir si o agente ou o oífendido é nacional ou estrangeiro. O processo e a punição de actos praticados no estrangeiro cabem ao Estado em que o crime foi perpetrado (principio territorial). A favor desta regulamentação militam não só a facilidade e a segurança, com que ella pode ser consequente mente observada, senão também e sobretudo as van tagens incontestáveis que offerecem o processo e o julgamento no logar do crime.

III. — Mas a admissão e a observância do prin cipio territorial por parte de um Estado dado não são possíveis sem estes dois requisitos : 1.º deve esse Estado exigir o reconhecimento do mesmo principio de todos os outros afim de evitar tanto a indevida intervenção de um outro poder publico como lacunas no procedimento criminal; 2.º deve cada Estado

estar certo de que os attentados contra os seus interesses, emprehendidos em território estrangeiro, serão vigorosamente reprimidos pelas leis do lugar do crime. Actualmente estas condições não se dão e só podem ser obtidas por* meio de pactos internacio-naes. O direito penal é pois forçado a transpor os limites do Estado respectivo; mas essa transposição de fronteiras, attentos os inconvenientes que (inseparavelmente se ligam ao processo e ao julgamento em lugar diverso daquelle em que o facto foi praticado, não pode ir alem do que exige a imperiosa necessidade. Só se pôde reconhecer a existência de tal necessidade, quando o crime praticado no *estrangeiro* é dirigido a) contra a nação e os seus interesses vitaes ou i) contra os bens jurídicos dos *nacionaen*.

I A esta ampliação do imperio da lei penal no espaço eostuma-se dar a denominação de « principio de protecção » ou « principio da ordem jurídica interessada » D'antes defendido especialmente por Feu-erbach, Trai, §§ 31 e 40, Arnold, G. S., 1857, 1º, 340, e outros, tem sido modernamente aceito por Heinze, *Erörterwigen*, 147, v. Wächter, *Vorlesungen*, appenso 85, Binding, 1º. 370, v. Meyer, 156, v.j Rohland, 157, van Hamel, 142. Nos Estados da Allemanha, onde só foi suplantado pelas intuições franco-prussianas, é elle o unico que corresponde ás exigências de uma politica criminal vigorosa e dominada do espirito nacional. Comquanto os projectos de lei (1875 e 1889), que o consagravam, não obtivessem o assentimento do *Reichstag*, é certo que este principio predominará até que se celebrem tratados internacionaes, e portanto até um futuro próximo.

IV. — O principio do direito publico, que veda entregar o nacional a um Estado estrangeiro para ser processado ou punido (adiante § 22), obriga a

13K

sujeitar o *nacional*, por actos criminosos que tenha praticado no *estrangeiro*, ao direito penal pátrio, embora não se dêem as condições declaradas acima sob o n. III. Induz em erro referir esta ampliação a um principio de direito penal denominado «principio de nacionalidade ou de sujeição,» bem como se deve conceituar de contradictoria a doutrina que quer sujeitar o procedimento e a punição no paiz ás regras do direito estrangeiro.

V. — A coinmunhão de interesses dos Estados civilizados em relação a certas manifestações da vida social leva também a punir actos que attentam contra esses interesses communs, sem se ter em at-tenção o lugar do crime e segundo o direito do Estado que apprehende o delinquente. A esta categoria de interesses pertencem o commercio internacional com todas as suas necessidades, a segurança das grandes vias de comunicação, a segurança da circulação monetária, a remoção dos abusos da cruz ver-1 melha, a defesa contra os inimigos das nações, os *hostes generis humani*, como os piratas, os traficantes de escravos, os anarchistas-dynamitistas.

Não é necessário nem conveniente ir mais longe.

Scientificamente insustentável e praticamente inexequível é pois o «o principio da absoluta extra-territorialidade da lei penal» ou «o systema⁴ da justiça universal». Os seus partidários, aliás entre si pouco accordes, querem que cada Estado, em nome da communhão internacional e cultural que representa, tome a si o encargo de punir, pelo ; menos subsidiariamente, todos os delinquentes que apprehenda, quaesquer que sejam os crimes e onde ' quer que tenham sido praticados. Esta doutrina es-quece a profunda differença das leis penaes mesmo j entre Estados vísinhos; obriga o juiz a applicar o direito estrangeiro que lhe é desconhecido; não dá i o devido apreço ás difficuldades de um processo

penal, em que não se pôde colher immediatamente | a prova, e apesar de tudo, não dispensa á ordem jurídica muito maior protecção do que a que resulta I da expulsão do estrangeiro suspeito ou expatriado. Entre os partidários da alludida doutrina, além de Mohl (*Staatsrecht*, 1.º, 637), Schmid, Ortolan, Car-rara, Brusa, notam-se v. Schwarze, H H, 2, 45, Geyer, Z., 3, 619, Hâlschner, 1.º, 136, Ullmann, G. S., 32, Leutner, *Der schwarze Kodez*, 1891, p. 82, e especialmente Lammasch, *Auslieferungspflicht*, 26 (¹), e v. Martitz (em cnja obra, a p. 106, encontra-se uma indicação mais completa da litteratura), de um I modo mais restricto também v. Bar, *Trat.*, 216 e v. Lilienthal, 23. — Propensos á justiça universal mos-tram-se o cod. saxonio de 1855 (art.*2 e 9 do de 1868) e o cod. austríaco de 1803 (art. 39 e 40 do de 1852), em menor gráo os projectos austríacos, o cod. húngaro e o italiano, bem como o projecto russo (*commentario* 42); tal doutrina porém é estranha á grande maioria dos codigos, bem como ao projecto suiso (²).

(¹) Lammasch parte do principio dn «identidade da norma» e cae assim na «theoria das normas» de Binding, a que aliás elle tão incisivamente impugna.

(²) Somente no principio denominado *real*, segundo o qual o Estado está autorizado a punir todos os crimes que attentem contra os interesses vitaes, cuja protecção lhe incumbe no desempenho do seu fim jurídico, pouco importando o logar do crime e a nacionalidade do agente, encontra a theoria da efficacia da lei penal quanto ao espaço uma base racional e bastante ampla para justificar-se a punição de crimes praticados fora do território nacional por individuos que não são- súbditos do poder que os pune. O principio *territorial*, o principio *pessoal* e o principio da *protecção* ou «ordem jurídica interessada» (este ultimo não é mais do que uma forma do principio real) são entre si incompatíveis, e não podem todos elles reunidos, ou não pôde um só delles, ora ampliado, ora restringido pelos outro.?, servir de base a uma theoria verdadeiramente «científica. E' um dos grandes merecimentos

i2y ■

§ 21. — Continuação. O ponto de vista da legislação penal da Allemanha

I. — O C. p. imp. (') estabelece entre as suas disposições preliminares (art. 3) o seguinte principio :J « as leis penaes do Imperio da Allemanha applicam-se a todas as infracções que tenham sido commettidas no território do Imperio ainda que os delinquentes sejam estrangeiros o.

A *nacionalidade* do agente é pois em regra destituída de importancia. E' certo que muitas disposições se referem expressamente ao *allemão* (C. p., art. 87, 91, ^140, 142, 143, lei de 4 de Dezembro de 1876 sobre a pesca de phocas), e outras sómentel ao estrangeiro (C. p., art. 296 a, lei de 22 de Maio de 1881 sobre a navegação estrangeira); mas pôde o estrangeiro no primeiro caso, e no segundo o allemão, ser responsabilizado como codelinquente (instigador ou cúmplice por assistencia), e ainda como autor mediato, comquanto não o possa ser como autor immediato.

A equiparação dos *bens jurídicos do nacional e do estrangeiro*, implicitamente firmada no art. 3, soffre também excepções. Assim, segundo uma doutrina que na verdade é muito contestada, e cuja justificação reservamos para mais tarde (parte especial), quando trata-se de attentados contra o poder publico, só nos casos especificados pela lei o poder publico! estrangeiro gosa de protecção na Allemanha, sem

de Binding tel-o demonstrado vigorosamente no seu tratado, {{ 78 e seg. O principio real nada tem de commum com o da *justiça uni. versai*. N. do trad.

(') O que está em questão é somente a efficacia das leis impe-riaes e não a das leis estaduaes. A respeito destas cona. John, 1*, 204, Ziebarth, 838, Bennecke, 83, nota 2, v. Kries, 104.

ser, todavia, completamente equiparado ao nacional. [E si o autor estrangeiro goza, em materia penal, i de protecção idêntica ou análoga a do nacional, | não é que assim disponha o O. p., mas em vir/J tude de tratados internacionaes especiaes. Vejam-se |ambem os arts. 112, 141, 144, 275 e outros do C. p.

II. — Cumpre explicar o que seja paiz. 1.º — No sentido do direito publico — e consequentemente também no sentido do direito penal — paiz é o território federal fixado no art. 1.º da Const. imp. e na lei de 9 de Junho de 1871 relativa á reunião da Alsacia e da Lorena ao Imperio da [Allemanha ⁽²⁾. Mas a epocha, em que as diversas fartes do actual Imperio da Allemanha foram reduzidas á unidade em materia de direito penal, determina-se pela entrada em vigor, não da constituição imp. (4 de Maio de 1871) e sim do C. p. Assim, do 1.º de Janeiro até o 1.º de Outubro de 1871, somente os paizes da extincta Federação da Allemanha do Norte constituíam o paiz no sentido do C. p.; nesta ultima data accresceram a Alsacia e a Lorena, no 1.º de Janeiro de 1872 a Baviera, Baden e Wurttemberg, e no 1.º de Abril de 1891 Helgoland ⁽⁸⁾.

(*) Art. 8 do C. p.: «paiz estrangeiro no sentido deste Cod. éj todo território que não faz parte do Imperio da Allemanha». Ver também a lei de 15 de Dszembro de 1890 e a ordenança de 22 de Março de 1891 (Helgoland).

(*) Em sentido contrario a opinião dominante, segundo a qual a Baviera, o Wurttemberg e Baden (inclusive a Hesse meridional) já faziam parte do antigo território federal da Allemanha do Norte desde 4 de Maio de 1871, data em que entrou em vigora lei de 16 de Abril de 1871. Mas o território da extincta federação naquelles Estados do sul só podia ser considerado como *paiz* no sentido do direito penal desde o 1º de Janeiro de 1872, dia em que foi nelles introduzido o O. p., como lei imperial. Recentemente Binding, cuja doutrina é correcta, 1.º, 407.,

Os territórios sob o protectorado allemão estão também sujeitos ao poder publico do Imperio. Entretanto as leis penaes imperiaes só se applicam á incondicionalmente aos súbditos do Imperio e ás pessoas a elles equiparadas em protecção; quanto aos demais europeus e aos naturaes, taes leis *BÖS* têm applicação, quando por ordenança imperial lھے é feita extensiva a jurisdicção da justiça allemá (art. 3 da lei de 19 de Março de 1888) ⁽⁴⁾(^a). I 2.º — A idéa de direito publico, *paus*, ora é ampliada, ora restringida por principios de *direito inter-§ nacional*.

a) Como território do paiz consideram-se os mares territoriaes, bem como a massa atmospherica, que se superpõe ao território; esta e aquefies até onde podem ser dominados de facto, e especialmente pelas armas (nos tratados internacionaes o limite dos mares territoriaes é as mais das vezes fixado a três léguas marítimas contadas do ponto mais baixo a

(*) Ver Gr. Meyer, *Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete*, 1888, p. 103; v. Marti tz, 63. — Como evidentemente a nossa legislação colonial cinge-se A lei sobre a jurisdicção consular, convém ponderar que a obrigatoriedade do direito penal allemão nos territórios do protectorado tem a sua base no direito publico, ao passo que nos districtos de jurisdicção consular baseia-se no direito internacional (alli assenta no imperio exclusivo do poder publico da Alle-j manha, e aqui na limitação contractual de um poder publico estranho).

(*) Comquanto os allemães denominem *Schutzgebiete* as suas possessões coloniaes, ellas não são meros territórios sob o protectorado da Allemanha, mas colónias propriamente ditas, sobre as quaes o Imperio exerce o seu poder soberano, embora limitado onde existem populações' indígenas com chefes, cuja autoridade é reconhecida. Stengel, *Die§ deutschen Schutzgebiete*. — As pessoas equiparadas em protecção (*Schutz-Igenossen*) são os estrangeiros que, em virtude de accordos internacionaes, gozam da protecção das autoridades consulares da Allemanha, onde' não existem cónsules de sua nação. N. do trad.

que attingem os mares). Cumpre porém observar que os delictos commettidos em navios estrangeiros nos mares territoriaes da Allemanha só caem sob as leis penaes desta, quando affectam interesses allemães (que em numerosos tratados são expressamente declarados).

r *b*) Os navios no alto mar e os navios do Estado (não somente os de guerra), que se achem ainda mesmo em aguas estrangeiras, são considerados como território do paiz.

c) Segundo os tratados (denominados capitulações) celebrados com Estados não christãos, bem como segundo o art. 4 da lei de 10 de Julho de 1879, as leis penaes da Allemanha applicam-se nos districtos de jurisdição consular aos allemães e ás pessoas protegidas pelo Imperio ^(b).

d) Por tratados entre Estados visinhos pôde ser convencionado que certas leis penaes de um d'elles, por ex., as leis fiscâes e aduaneiras, vigorem nas fronteiras do outro. Assim edificios públicos sitos em território estrangeiro (postos ou estações para o despacho aduaneiro) podem ser considerados como território do paiz ⁽⁵⁾.

e) Quanto á ampliação do imperio da lei penal no espaço que o C. p. militar estatue, de accôrdo com os principios do direito internacional para o caso de guerra, vêr a parte especial.

Cumpre finalmente observar que nem todas as leis penaes allemães são applicaveis em todas as

^(b) Nos paizes, com os quaos essas capitulações tem sido celebradas (Turquia, China, Japão, Pérsia), as autoridades consulares allemães tem plena jurisdição civil e criminal. N. do trad.

⁽⁵⁾ Dec. do Trib. do Imp. de 19 de Março de 86, 18.º, 410, e 19 de Novembro de 88, 18.º, 242. Cons. também o tratado austriaco-allemão de 2 de Dezembro de 1890 sobre a admissão da eommuna Mittersil do Yoralberg no systema aduaneiro do Imperio allemão.

partes do paiz: algumas leis podem deixar de vigorar em certas partes do Imperio ou ter sido de-j cretadas somente para determinados territórios. Assim o art. 31 da lei sobre a imprensa não foi introduzido na Alsacia-Lorena; em Helgoland não entraram em vigor varias leis imperiaes, sobre a extracção de metaes preciosos nos territórios do protectorado I allemão foram decretadas disposições especiaes.

III-. — O alludido principio, que o C. p. col-locou á frente de suas disposições, soffre numerosas excepções. Cumpre distinguir entre crime ou delicto e' contravenção. As contravenções commettidas em paiz estrangeiro — emtanto quanto estas são previstas na legislação imperial — somente podem ser punidas, quando a tal respeito existam leis especiaes ou tratados celebrados pelo Imperio ou por algum dos Estados que delle fazem parte com paizes estrangeiros (C. p., art. 6). Assim, segundo o tratado belgo-allemão de 29 de Abril de 1885, os alle-mães, que nas fronteiras belgas infringirem as leis florestaes, ruraes, ou relativas á caça ou á pesca, serão responsabilizados de conformidade com o direito allemão. Disposições análogas encontram-se também em tratados celebrados com outros Estados.

IV. — Em relação aos crimes ou delictos commettidos em paiz estrangeiro, a lei faz uma nova distincção, sujeitando o allemão ao direito nacional em maior numero de casos do que o estrangeiro. Em todos esses casos o processo depende do prudente arbitrio (e não do mero arbitrio) do funcção-nario competente para provocal-o (C. p., art. 4, ai. 2.º) ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Esta disposição (censurada por Binding, 1.º, 404, *Normen*, il.º, 33), mesmo quando se julgue conveniente o exaggero do chamado principio da *legalidade* admittido no nosso C. do proc. penal, justia-

1. — O nacional pôde ser processado segundo o direito pátrio.

a) independentemente de qualquer outra condição, quando se faz culpado de alta traição ou de traição contra o Imperio ou contra um dos Estados da Federação, ou de injúria para com o imperante de algum dos Estados (e não contra algum dos membros das famílias reinantes), ou do crime de moeda falsa, ou quando na qualidade de funcionario do Imperio ou de algum dos Estados, pratica um acto que segundo as leis imperiaes (e não simplesmente segundo o C. p.) é considerado crime ou de-licto de responsabilidade (C. p. art. 4, n.º 1 e 2). A mesma disposição tem applicação ao abuso de materias explosivas, segundo o art. 12 da lei de 9 de Junho de 1884 (os crimes definidos nos arts. 5, 6, 7, 8 e 10 da citada lei), bem como á traição em materia de segredos militares, segundo os arts. 1, 3 e 5 da lei de 3 de Julho de 1893 (§ 10).

b) Em outros casos somente quando se dão os seguintes requisitos: 1.º é necessário que o acto tenha sido qualificado crime ou delicto pelas leis do Imperio allemão; 2.º que seja punivel segundo as leis do lugar em que foi praticado. Si o acto for praticado em lugar que não pertença ao território de algum Estado, como em uma viagem de descobrimento no interior d'Africa ou ao pólo do Norte, no alto mar e fora do navio (por ex., durante a

ca-sc, attentas as dificuldades que, em caso dado, pôde suscitar o processo de um facto praticado no estrangeiro. (°)

(°) O art. 4 do C. p. allemão *permitt*e nos casos que enumera o procedimento contra crimes ou delictos praticados no estrangeiro, sem todavia prescrevel-o obrigatoriamente. E' o principio da *opportt-nidade* em contraposição ao da *legalidade*, isto é, á obrigação que o art. 152 do C. do proc. p. impõe ao ministério publico de proceder contra as infracções praticadas no paiz. N. do trad. V^£



natação), esta ultima condição não se pôde dar ^(T).| O allemão, que se casa muitas vezes em um paiz onde a polygamia é permittida (abstracção feita dos districtos de jurisdicção consular), voltando ao Imperio, não pôde ser punido. E' porém indifferentej que a lei do logar do delicto puna o facto sob o mesmo ponto de vista ou sob ponto de vista diverso] do direito allemão.— 3.º E' necessário que o acto não tenha sido definitivamente julgado por tribunaes] estrangeiros e que o réo não tenha sido absolvido ou que, no caso contrario, não tenha cumprido a sentença. Mas si o delinquente foi punido, pôde ter logar um processo especial para o fim de ser elle j privado de direitos civicos (C. p., art. 37, cons. o § 66, IV). 4.º E' necessário que (ao tempo da] iniciação do processo) a acção ou a execução não se ache prescripta segundo as leis do paiz estran- j geiro, ou que a pena não tenha sido perdoada. ã.º Si a lei estrangeira exige queixa do offendido é

C) Portanto o acto é punível segundo o direito allemão e independentemente de outra condição. A verdadeira doutrina é defendida por Puld, G. S., 42.º, 87, 44.º, 248, Binding, 1.º, 436, como d'anles o fora por Meves, *Novelle*, 92, 83. A maior parte dos escriptores ciugem-se á letra da lei; n'eate sentido Halscbner, 1.º, 167, v. Meyer, I 161, Olsniusen, g 4, 16, Schútze, 69, Geyer, 1.º, 96 e Z., 3.º, 629, Lammasch, *AuslieferungspflicM*, 53, van Hamel, 144. Cons. também v. Martitz, 69, 77, bem como o projecto de lei apresentado ao *Reicha-iag* a 17 de Maio de 1889 ^(a).

^(d) Como o art. 4 do O. p. allemão exige nos casos do n. 3 que o crime ou delicto praticado no estrangeiro seja punível segundo a *lex interna* e a *lex loci*, alguns concluem que o crime ou delicto praticado em território ou logar que não pertença a algum Estado fica impune; outros porém entendem, como o autor, que a exigência do I C. p. só se refere a logares onde vigorem leis peuaes, e admittem que na hypothese figurada o allemão seja punido segundo o direito pátrio. N. do trad.

necessário que o offendido a dê. Somente quando ocorrem estas cinco condições é admissível o procedimento segundo o direito nacional (C. p., art. 4, ns. 3 e 5).

A questão de saber si o agente é nacional ou estrangeiro deve ser resolvida, tendo-se exclusivamente em atenção a epocha em que o crime ou o delicto foi perpetrado.

2. — Quanto ao estrangeiro que em paiz estrangeiro commette um crime ou delicto, observa-se o seguinte:

«) o estrangeiro é processado segundo o direito allemão e independentemente de outra condição, quando trata-se de alta traição contra o Imperio da Allemanha ou contra alguns dos Estados da Federação, bem como do crime de moeda falsa, ou quando o acto for praticado pelo estrangeiro na qualidade de funcionario do Imperio ou de algum dos respectivos Estados e é considerado, segundo as leis imperiaes, crime ou delicto de responsabilidade (C. p., art. 4, n. 1). A mesma disposição é applicavel, quando se trata dos crimes a que se refere o art. 12 da lei de 1884 sobre materias explosivas.

b) Em todos os outros casos é inadmissível o procedimento contra o estrangeiro, salvo esta única excepção: si na epocha em que foi o acto praticado o agente não era allemão, mas depois adquirio a nacionalidade allemã, pôde o processo ser iniciado contra elle, caso occurram as condições enumeradas acima sob os ns. 1 e 2, e, além d'isto, a autoridade competente (segundo o direito internacional) do paiz, em que o acto foi praticado, pedir que o culpado seja processado. N'este caso applicar-se-ha a lei do paiz estrangeiro, si for mais branda do que a lei penal allemã (C. p., art. 4, n. 3, ai. 2).

Em todos os casos mencionados sob os ns. 1

e 2, si o réo em consequência do mesmo facto fôr de novo condemnado no território do Imperio da Allemanha, computar-se-ha na pena a que elle tenha cumprido no estrangeiro (0. p., art. 7).

V. — Sobre esta materia encontram-se ainda outras disposições especiaes que, para evitar omissões, mencionaremos n'este logar.

1.—As leis, que regulam relações jurídicas no alto mar e em outras aguas internacionaes, n&o raro deixam de fazer distincção entre o crime praticado no paiz e o que é praticado no estrangeiro. N'este caso estão o art. 100 da lei sobre gente do mar de 27 de Dezembro de 1872, a lei de 4 de Dezembro de 1876 sobre a pesca das phocas (região comprehendida entre 67° e 75° de lat. sep. e 5° de long. or. e 17.* de long. occ.) modelada pela lei ingleza, *SecUfishery act* de 1875, o tratado de Haya de 6 de Maio de 1882 concernente á regulamentaçaõ policial da pesca no mar do Norte fora das aguas territoriaes, o tratado de 30 de Junho de 1885 concernente á pesca do salmão na bacia do Rheno, o tratado internacional concluido a 14 de Março de 1884 para a protecção do cabo submarino, cujas disposições, segundo o art. 1.º do mesmo tratado, tem em parte applicaçfto fora das aguas territoriaes (segundo o art. 1 da lei allema de introducção de 21 de Novembro de 1887 tem também applicaç&o nas aguas territoriaes da Allemanha).

2. — Considerem-se também: a lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção, art. 22 («logo que um exemplar contrafeito fôr preparado, quer no território da Federação da Allemanha do Norte, § quer fora d'elle ») e o art. 25, bem como ai três leia de 1876 sobre es direitos de autor; • C. p.» art. 102 («todo alletnfio que no paiz ou no estrangeiro...*), o art» 140 («o individuo obrigado ao

serviço militar que... residir fora do território federal»), o art. 298 («quer o delicto tenha sido com-mettido no paiz, quer no estrangeiro»). O O. p-militar também transpõe muitas vezes os limites traçados pelo C. p. imperial (ver a parte especial) (•).

§ 22. — A assistência internacional

LITTERATURA. — As obras de Lammasch. e v. Martitz mencionadas no § 20 tornaram dispensáveis os trabalhos anteriores. Cons. também Lammasch, H. V., 39, 454; Delins, *Die Auslieferung flüchtiger Verbrecher aus Fremden Ländern nach dem Königreich Preussen*, 1890; o mesmo, Z., 119, 677, G. A., 399, 112; v. Kries, 180; v. Bar, *Trat.*, 277; Seuffert, &t.-G. 10, 59; Jettel, *Månåbl åes irvternationalen Privai- imå Strafrechts*, tendo em vista a i legislação da Austria-Hungria, da Croácia e da Bósnia, 1893. — Collecções de tratados: Kirchner, *IS extradition, reeuil renferment tons les traités jusqiCau 1 Janvier 1883, 1884*; com relação ao Imperio da Allemanha, Hetzer, *Deutsche Auslieferungsverträge*, 1885; Standinger, *Hamm-ålung von Staatsverträgen åes Deutschen Reichs*, 1882, 1884.

I. — A *assistência internacional* supprime as lacunas que resultam do facto de ser o imperio da lei penal limitado quanto ao espaço. Um dos actos dessa assistência — não o unico, mas o mais importante — é a extradição de *criminosos fugitivos*, ac-cusados ou condemnados (¹).

(•) O nosso O. p., art. 5, exaggerando o principio territorial, restringio inconvenientemente a lei de 4 de Agosto de 1875 sobre os crimes praticados no estrangeiro. O brasileiro que delinquir no estrangeiro só é punivel segundo a lei brazilejja, quando o crime fôr «homicídio ou roubo em fronteiras.» Assim, exceptuado este caso e os crimes politicos ou de falsificação, o brasileiro que perpetrar crimes inafiançaveis no estrangeiro e se refugiar no Brazil encontrará ahi um asylo seguro á sombra da lei penal. N. do trad.

(*) A extradição é um acto da *assistência judiciaria vnterna-åcional*, mas não da *administração cosmopolita da justiça*. Sobre o ai-

Em. alguns Estados a materia da extradição é regulada por leis que estabelecem as bases estáveis

cance desta these, ver v. Liszt, *Z.*, 2.º, 60. Ella é acceita por Bin-ding, 1.º, 397, v. Meyer, 166, Marten, *Volksrecht*, 2.º, 892, v. Mar-titz, 440, Harburger, *Kritische Vierteljahrsschrift*, N. F., 13.º, 122, Ullmann, a mesma revista, 314, Bernard, *Traité de l'extradiction*, 1883, 2.º, 209, van Hamel, 1.º, 149, v. Kries, 182, v. Lilienthal, 28; e impugnada especialmente por Lammasch, 142, e pelos Italianos quto acompanham Garrara. Esta divergência de opiniões é de capital importancia para a solução de uma série de outras questões (*).

(^a) O Estado entrega o delinquente, quando, segundo a extensão que haja dado ás suas leis penaes, não tem o direito ou pelo menos o dever de punir ; a extradição é pois um mero acto de assistencia judiciaria, como o interrogatório de testemunhas ou qualquer diligencia solicitada a bem da' administração da justiça de ura paiz estrangeiro. Decorre, de ura lado, da falta do direito de punir por parte do Estado extraditor, e, por outro lado, da sua obrigação de respeitar o direito de outro Estado e de auxiliial-o no exercicio desse direito, attenta a solidariedade do interesse pela manutenção da ordem jurídica. Fundamentalmente diversa desta concepção é a dos escriptores (Schmid, Schauberg, Heinze) que consideram a extradição como consequência do direito de punir crimes praticados no estrangeiro, como affirmação do próprio poder de punir: a extradição vem a ser assim uma outra forma, sob que o Estado, em cujo território o delinquente se acha, o sujeita á punição. Esta concepção, em ultima analyse, conduz ao principio da *justiça universal*. «As questões de saber até onde um Estado pode estender a applicabilidade de suas normas e leis penaes, e até que ponto pode attender ás reclamações do estrangeiro pela extradição de criminosos fugitivos, diz Binding, em these nada tem que ver entre si. Como extradictor o Estado é um auxiliar voluntário do estrangeiro para que este exerça o seu direito; como repressor o Estado está investido de uma obrigação própria, para cujo preenchimento talvez tenha de solicitar a medida de que se trata. A extradição do criminoso significa sempre a negação do direito de punir por parte do extraditor, e é justamente um erro incomprehensivel o da recente doutrina que designa a extradição como ura acto de affirmação do direito de punir no paiz. Em these a assistencia começa, onde o direito próprio cessa». N. do trad.

sobre que assentarão os tratados futuros; em outros a regulamentação é deixada aos usos e costumes ou a tratados internacionaes ⁽²⁾. Mas mesmo nos paizes em que falta uma regulamentação geral que imponha ao Estado solicitado o dever da extradição, nada se oppõe (e neste sentido é a pratica da maior parte dos paizes) a que em caso dado tal providencia seja tomada, em tanto quanto preceitos espe-ciaes (como no direito anglo-americano) não a impossibilitam.

Até o presente a Allemanha tem-se limitado a celebrar tratados com alguns paizes, a saber: Estados Unidos da America do Norte, tratado de 22 de Fevereiro de 1868 (o tratado celebrado entre a Prússia e os Estados Unidos a 16 de Junho de 1852 foi feito extensivo a todos os Estados da Federação da Allemanha do Norte); Itália, tratado de 31 de Outubro de 1871 e mais o *accordo* entre a Allemanha, a Itália e a Suissa de 25 de Julho de 1873j Bol-

(*) Têm leis de extradição a Bélgica (1874), a Holanda (1876), a Inglaterra (1870 e 1878), o Luxemburgo (1870), o Canadá (1877), a Republica Argentina (1886), a Suissa (22 de Janeiro de 1891), em parte os Estados Unidos, bem como o Estado do Congo. A iniciativa de v. Bar no *Reichstag* a 28 de Janeiro de 1892 não foi tomada na consideração que merecia (ver Pfizer, *Revista do d. int. privado e penal*, 2.º, 281). Que não basta uma regulamentação unilateral pela lei, comquanto seja isto preferível á celebração de tratados destituídos de princípios e entre si divergentes quanto i substancia, e que é desejável uma união internacional em que tomem parte todos os Estados civilizados, tem sido muitas vezes accentuado. Cons. v. Liszt, Z., 2.º, 66, Bernard, *Traité théorique et pratique de l'extradiction*, 2 v., 1888, Qeyer, Z., 3.º, 268, Ortloff, GA., 82.º, 896, Bulmcrineq, *Man. de direito publico*, 1.º, 2.º fascículo, p. 260, Geffcken, no *Völkerrecht* de Heffter, 8* ed., 146, Seuffert, StG., 1.º, 59. *Contra*, especialmente v. Bar, *Intern. Privatrecht* (2ª ed.,) 2ª, 617, Lammasch, 114, Eivier, *Völkerrecht*, 200, nota 4. § > »

gica, tratado de 24 de Dezembro de 1874 e publi) cação de 29 de Dezembro de 1878; Luxemburgo tratado de 9 de Março de 1876; Brazil, tratado d^ 17 de Setembro de 1877; Suécia e Noruega, tra) tado de 19 de Janeiro de 1878; Hespanha, tratadfj de 2 de Maio de 1878; Uruguay, tratado de 1^ de Fevereiro de 1880; Estado do Congo, tratado de 25 de Julho de 1890 (relativo ao território do pro] tectorado allemão n'Africa); França, tratado relativd a Alsacia e a Lorena de 11 de Dezembro de 1871, Ver mais o tratado consular com a Servia de 6 de Janeiro de 1883, art. 25, o tratado de commercio e amisade com a Republica da Africa Meridional de 22 de Janeiro de 1885, art. 31. — Os Estados da Federação aliem ã somente podem celebrar tratados de extradição, quando o Imperio não tenha feito uso da attribuição que lhe compete e uma vez que taes tratados não sejam incompativeis com os princípios estabelecidos nas leis ou tratados imperiaes. Sobre os tratados da Rússia com a Prússia e a Baviera do 1.º de Janeiro e 12 de Novembro de 1885, cons. Lammasch, 81, v. Holtzendorff, H. V., 2.º, 144, Gesner, H. V., 3.º, 4. v. Martitz, 241, v. Kries, 185, Seuffert, Cod. p., 1.º, 59, Geffcken, no *Tolher-recht* de Heffter, 8.^a ed., 19 v. A extradição de marinheiros fugitivos é regulada em tratados de commercio, navegação ou consulares, a dos militares desertores em convenções especiaes.

II. — O exame attento dos tratados de extradição celebrados pelo Imperio da Allemanha mostra que elles se harmonisam nos pontos essenciaes.

1.º — Só é concedida a extradição de indivíduos accusados das infracções de maior gravidade, e não de infracções ligeiras. Além disto, os tratados não contemplam regularmente os seguintes delictos em razão dos seus caracteres especiaes: o delicto culposos, o duelo, as offensas menos graves contra

os bons costumes, os delictos contra a religião, a injúria, a deserção, a usura, os crimes de responsabilidade, a resistência contra o poder publico.

2.º — Só é admissivel, quando, segundo as leis de ambos os Estados (o que pede a extradição e p que é solicitado a dal-a) não ocorre circumstancia que dirima a criminalidade ou exclua a punibilidade do facto. Não pôde pois dar-se a extradição, quando, embora somente segundo o direito do Estado solicitado, o facto deva ser considerado prescripto.

3.º — O allemão não pôde ser entregue ao governo de um paiz estrangeiro afim de ser processado ou punido (C. p., art. 9.º). Esta disposição consagra o principio, geralmente admittido no continente europeu, da *não extradição do próprio sub-§dito*, principio que nos últimos annos tem sido muitas vezes e com razão impugnado como insustentável [por notáveis escriptores do direito nacional ⁽³⁾ ⁽¹⁾].

⁽⁸⁾ Cons. Lammasch, 396, v. Martitz, 805, v. Bar, Tratado, 811 (com a indicação da litteratura). Contra a extradição recentemente Binding, 1.º, 400, v. Meyer, 167, nota 66, v. Bar, G.-S., 34.º, 492, Geyer, Z., 3.º, 632, v. Martitz, Geffcken no *Völkerrecht* de Heffter, 145, Leutner, *Der Schwarze Kodex*, p. 84. Uma doutrina intermediaria *apud* Lammasch, H. V., 3.º, 515 e v. Hamel, 1.º, 149. Segundo o tratado celebrado pela Allcmanha com o Estado do Congo, os naturaes dos territórios sob o protectorado allemão também não podem ser extraditados. Cons. Meyer, *Die Aualieferung eigner Vnter-ianen*, diss., 1891.

^(h) Eis o voto do *Instituto do Direito Internacional* expresso pela resolução 6? tomada em 1880 em Oxford: «entre pays dont les légis-lations criminelles reposeraient sur des bases analogues et qui auraient une mutuelle confiance dans leurs institutions judiciaires, l'extradition des nationaux serait un moyen d'assurer la bonne administration de la justice pénale, parce qu'on doit considere- comme désirable que la jurisdiction du *fórum delicti commissi* soit, autant que possible, appelé] à juger». — Segundo van Hamel, a excepção a favor da não extra-

4.º — Aos *criminosos políticos* concede-se o *direito de asylo*, segundo o principio enunciado na lei belga de 1833 ⁽⁴⁾ e desde então repetido em quasi todos os tratados. A legitimidade deste principio, porém, suscita fundadas duvidas. O conceito mesmo do crime politico é muito discutido, e por isso tem sido fixado ás mais das vezes de um modo negativo, enumerando-se os crimes que podem dar causa á extradição.

Segundo o direito vigente que não tem em conta o motivo do acto, devem ser considerados como politicos os *crimes dolosos que attentam contra a existência e a segurança do Estado, bem como contra o chefe do Estado e os direitos politicos dos cidadãos* (não contra a administração publica), isto é, os crimes de que tratam os capitulos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º da 2.ª parte do C. p.

dição dos nacionaes tem sido nestes últimos tempos impugnada com boas razões; mas, ao seu ver, o vinculo entre o Estado e o súbdito não pode ser dissolvido illimitada e indistinctamente, e a egualdade nas relações internacionaes pede que a materia seja regulada, não por tratados especiaes, mas por uma convenção geral internacional. — As leis inglezas e as americanas não prohibem a extradição do nacional, mas a jurisprudência não tem sido a este respeito uniforme (ver Fiore, *Traité de dr. p. int.*, trad. de Charles Antoine, nota 1ª, á p. 544), e nos tratados mais recentes daquelles paizes não se encontram clausulas que a autorizem (Bulmerincq, no Man. de Marquardsen, 1.º v., p. 244). Por ora predomina nas leis e nos tratados o principio da não extradição. N. do trad.

(*) «Qu'il sera expressément stipulé que l'étranger ne pourra être poursuivi ou puni pour aucun délit politique antérieur à l'extra-diction ni pour aucun fait connexe à un semblable délit». — Não encontra-se o principio nos tratados da Rússia com a Prússia e a Baviera de 1885, bem como no tratado da Alemanha com o Estado do Congo de 1890. — Cons. Homberger, *Der Begriff des politiaehen Deliktè und seine Verwertung im maUrieUen Strafrecht des deutsehen Reichs*, 1893. De outro lado talvez Laband, 1.º, 290.



O direito de asylo é ás mais das vezes ampliado aos crimes que « se ligam aos politicos » (os chamados *délits connexes* ou *complexes*, «os crimes relativamente politicos», segundo Lammasch, que nesta categoria comprehende os que o agente em-, prehende na intenção de perpetrar um crime politico propriamente dito). Seria mais correcto resolver; a questão á luz dos principios geraes sobre a unidade e a pluralidade no crime (adiante §§ 54 e seguintes).

5.º — A experiência das ultimas dezenas de annos tem mostrado que a excessiva amplitude dada ao direito de asylo nos crimes politicos Mo se compadece com a consciencia jurídica dá nossa epocha. O movimento reaccionário que vae crescendo em extensão e em energia reclama a limitação do direito de asylo, sem que até o presente tenha achado, para a sua exigência, uma formula jurídica e pra-Ptica. A's mais das vezes é apenas expressamente excluído do direito de asylo nos crimes politicos o *regicídio*. Os tratados de extradição (os allemães desde 1874) costumam servir-se da formula, que se • tornou clássica, adoptada pela lei belga de 22 de Março de 1856 (lei occasionada pelo attentado de Jacquin contra Napoleão III em 1853), a chamada *clausula I belga relativa ao attentado* (°); mas essa clausula, Icomquanto completamente justificada quanto á materia, dá logar a muitas duvidas pela sua redacção juridicamente inexacta. Só a Itália, a Inglaterra e [; a Suissa se têm recusado até o presente a inseril-a [nos seus tratados. Os esforços empregados pelo go-

(°) «Ne será pas reputé délit politique, ni fait connexe à un aemblable delit, l'attentat contre la personne du chef d'un gouverne-mcnt étranger ou contre celle d'uu membre de 6a famille, lorsque cet attentat constitue le fait, soit de "meurtre, soit d'assassinat, soit d'em-| poísonnement». 13 S

verno russo em 1881 no sentido de promover uma conferencia internacional que tomasse conhecimento * do seu projecto muito mais amplo, não tiveram resultado. Também não conduziram até aqui a uma conclusão definitiva os trabalhos do Instituto do direito internacional (Oxford, 1880, Genebra, 1892) (6). '

§ 23.—O imperio da lei penal quanto às pessoas

LITTERATURA. — Binding, 19, 667 ; v. Bar, *Rede-freiheit der Mitglieder gesetzgebender Versammlungen*, 1868; Schleiden, *Disziplinar- und Strafgewalt parlamentarischer Versammlungen*, 1879; Heinze, *Straflosigkeit parlamentarischer Rechtsverletzungen*, 1879 ; v. Kissling, *Die Verantwortlichkeit der Abgeordneten, und der Schutz gegen Missbrauch derselben*, 2^a ed., 1885; G. Seidler, *Die Immunität der Mitglieder der Vertretungskörper nach österreich. Recht*, 1891; v. Kries, *Archiv für Öffentliches Recht*, 59, 338, e | Tratado, 84 ; v. Liszt, *Reichspressrecht*, arts. 45 e 55. Ver os tratados de direito publico e de direito internacional; j Steerk, H V., 29, 656 ; Geffcken, H V., 39, 646.

I. — Por considerações de ordem publica não estão sujeitos á lei penal:

1.º — O chefe do Estado isto é, o imperador,

(6) E' importante a formula da lei siiiisa sobre a extradição. O art. 10 dispõe: « a extradição é permittida, ainda que o agente allegue motivo ou fim politico, si o acto, era virtude do qual a extradição fôr , pedida, apresentar de um modo preponderante o character de um crime ou delicto commum. O tribunal federal decidirá no caso dado, segundo j o seu arbitrio, sobre a natureza do acto delictuoso, baseando-se nas circumstancias que o constituem ». — Duvidosa é pelo contrario a conclusão do Instituto (1892): « Não se consideram crimes políticos os actos delictuosos que attentam, não simplesmente contra um Estado determinado ou uma determinada forma de governo, mas contra as bases de qualquer ordem social».

os imperantes dos Estados (não os membros das famílias reinantes) e o regente (*).

2.º — Os *representantes do povo*, a saber, segundo o art. 30 da Constituição imperial, os membros do *Reichstag* ou dieta do Imperio e, segundo o art. 11 do C. p., os membros das dietas ou camaras dos Estados da federação allemã, os quaes fora da assem-bléa a que pertencem não podem ser responsabilizados (criminalmente) em razão dos seus votos ou das opiniões manifestadas no exercício do seu mandato. Os membros da delegação (*Landesausschuss*) da Alsacia-Lorena gosam também desta isenção, mas não assim os membros do *Bundesrat* ou concelho federal e os senados e assembléas representativas (*burgerschaften*) das cidades hanseaticas.

Em um e outro caso trata-se de circumstancias ^essoas que excluem a pena, sem affectar a illega-

(*) A irresponsabilidade do monarcha, já declarada pelo direito romano (*princeps legibus solutus*, 1. 81, D., 1.º, 3), é um dos princípios do direito publico do imperio da Allemanha desde a recepção da-quelle direito. Outra era a intuição da idade média, que (*Espelho da Suabia*, 8.º, 52, 63, *bulia aurea* de 1356, c. 5, § 2.º) sujeitava o rei ao tribunal real. — A irresponsabilidade do regente é contestada. No sentido do texto pronunciavam-se a maior parte dos criminalistas, e nomeadamente Binding, 1.º, 670, v. Kries, 85, v. Meyer, 169, Olshausen, § 3.º, 19, Schütze, 66. *Contra*, Merkel, 282. Ver especialmente Hancke, *Regentschaft und Stellvertretung des Landesherm nach deutschem Staatsrecht*, 1887, p. 64. — Deve-se admittir de um modo absoluto a immunidad do imperante, mesmo quando elle se tenha envolvido em um crime de alta traição contra o imperador e o Imperio. Em sentido contrario, John, 2.º, 16. *Correcto* v. Kries, *Archiv*, 860, *Tratado*, 85 (»).

A const. do imperio da Allemanha guarda silencio sobre a irresponsabilidade do imperador e dos imperantes dos Estados que fazem parte da Federação, mas essa irresponsabilidade é admittida sem contestação de accordo com o principio tradicional. E' controvertido si a irresponsabilidade deve ser ampliada ao regente, porque a respeito deste não ha a mesma tradição uniforme. N. do trad. §3^

lidade e a criminalidade do acto. Em razão do acto delictuoso praticado pelo imperante ou pelo representante do povo, terceiros podem ser responsabilizados criminalmente como co-autores, instigadores ou cúmplices. E' lícita a legítima defesa ^(b).

^(b) O art. 11 do O. p. revogou todas as disposições das constituições dos Estados que permittiam proceder-se criminalmente contra deputados por abuso da palavra. A irresponsabilidade refere-se tanto á afirmação de factos como a manifestação de idéas, pensamentos e opiniões. Refere-se a todas as manifestações no exercício do mandato, quer na assembléa, quer nas respectivas commissões. Excluo qualquer procedimento criminal ou disciplinar (fora da assembléa). Cumpre] porém notar que a manifestação feita pelo deputado, quando constitua um facto qualificado por lei penal, não deixa de ser um acto ilícito; embora o deputado não incorra em pena, o seu acto pode ser objecto de apreciação por parte da justiça sob outros pontos de vista (por exemplo, em questões de legítima defesa, retorsão, instigação). «O privilegio do deputado, diz Binding, não tem por effeito abrir a favor d'elle uma excepção á norma. O deputado não está autorizado a injuriar ou a provocar o commettimento de um crime de alta traição. Taes factos ficam sendo delictos (transgressões da norma); contra ellea é lícita a legítima defesa; applicáveis lhes são os princípios sobre a retorsão, si por ventura um delegado do *Bundesrat* ou um expectador diffamado da tribuna retorquir a injuria com a injuria; nelles é possível uma instigação punível. Tão somente fora da camara taes actos não podem ser processados civil, criminal ou disciplinarmente». A mesma doutrina é aceita por Zimmermann, Seidler, Fuld, mas não pelo Trib. do Imp., que (dec. de 5 de Março de 1881) não admittio retorsão em um caso de injuria irrogada por um deputado. — O privilegio não foi conferido aos membros do *Bundesrat*. Mas, como o *Bundesrat* é uma assembléa dos delegados dos governos federados, os que delia fazem parte, bem como as respectivas famílias, gosam da mesma immuniidade concedida aos ministros diplomáticos, isto é, não estão sujeitos a outra justiça senão a do Estado a que pertencam. Assim, com excepção dos representantes da Prússia, onde o *Bundesrat* tem a sua sede, os outros delegados não estão sujeitos á justiça deste Estado. — Não se consideram com prebendidos na letra do art. 11 do

II. — Por considerações de direito internacional gosam de isenção:

1.º — Os soberanos estrangeiros, suas famílias e séquitos, os regentes, os presidentes de Estados republicanos (²), e finalmente o papa, comquanto não seja soberano (^o).

2.º — Os corpos militares estrangeiros que com permissão do governo atravessarem o território nacional.

3.º — Os chefes e membros das missões diplomáticas acreditadas junto ao Imperio da Allemanha, suas famílias, o pessoal de suas secretarias e seus fâmulos, uma vez que estes não sejam allemães (C. de org. jud., art. 18 a 21). Neste, como nos dous casos precedentes, a isenção é uma causa pessoal de exclusão de pena (⁸). Os cônsules acreditados no Imperio, porém, estão sujeitos á justiça criminal da Allemanha, salvo si gosarem de immu-nidade em virtude de clausulas especiaes estipuladas em tratados celebrados entre o Imperio e outras potencias.

O. p. os senados e as *bürgerschaften* (assembléas legislativas das cidades hanseaticas); mas Olshausen (g 11, 2) impugna esta interpretação. N. do trad.

(*) Em sentido contrario Stoerk, obra cit., Ri vier, *Völkerrecht*, 242, Zorn, "W V§, 1.º, 372 ; correcto Gareis, *Institut Umen cies Völker-reckis*, 93.

(^o) E' uma opinião injustificável a dos escriptores allemães que negam aos presidentes de republica e ao papa a immundade, de que gosam os seus embaixadores I E a razão é na verdade frívola: «os presidentes de republica não têm direito ás prerogativas dos soberanos» (Marquardsen, no *Staatslx.* de Rotteck e Velker). As republicas não são menos soberanas do que as monarchias. N. do trad.

(*) Pelo que o embaixador estrangeiro, ainda depois de deixar o cargo, não pode ser processado no paiz por um acto delictuoso anteriormente commettido. §35"

..

4.º — Os representantes de um Estado allemão acreditados juntos a outro Estado allemão são sómente isentos da jurisdicção deste, mas estão sujeitos ás leis penaes da Allemanha.

5.º — Os agentes estrangeiros, que em character official vierem ao paiz, não estão sujeitos, enquanto ahi residirem officialmente, á justiça allemã (*).

III. — As leis penaes ordinárias do Imperio| são applicaveis aos militares, salvo quando as leis militares dispuzerem por modo diverso (C. p., art. 10).

§24. — O direito em tempo de paz e em tempo de guerra

I. — As leis penaes, **que**, como leis ordinárias no sentido do § precedente, fazem objecto da nossa exposição, soffrem em parte modificações, quando impera o direito marcial.

Consistem essas modificações em que, em certos casos de alta traição e de traição contra o paiz, bem como em alguns crimes de perigo commum (arts. 81, 88, 90, **307, 311, 312, 315, 322, 323, 324** do C. p.),

(*) Caso Schnábele. Nota do ministério das relações exteriores da Allemanha de 28 de Abril de 1887. Cons. v. Kries, *Archiv*, 865, e Trat., 87, Stcerk, H V., 2.º, 661, v. Bar, *Internai. Privatrecht*, 2.º, 657, Tratado, 847, Kivier, 296 («).

(') Qoaam da immunidadade as pessoas que tiverem da tratar negócios de character internacional, enquanto se detiveram para este fim no território da Allemanha; estão neste caso os empregados do correio, da via-ferrea, de policia, da fazenda etc., que no desempenho da suas funcções penetram no território allemão. Este principio foi expressamente reconhecido pela nota a que o autor M refere, motivada pelo caso Schnábele (empregado francex preso na Allemanha onda aa achava a serviço). N. do trad.

a pena cominada de reclusão perpetua é substituída pela de morte (adiante § 60), quando os alludidos crimes são commettidos naquella parte do território federal que o imperador, nos termos do art. 68 L da Constituição federal (e portanto de accordo com os preceitos da lei prussiana de 4 de Junho de 1851, até que seja decretada uma lei imperial) tenha declarado em estado de guerra (*) (*).

Com relação a Baviera este preceito não vigora, segundo o art. 7.º da lei de 22 de Abril de 1871, « até ulterior disposição ».

II. — Quando os crimes previstos nos arts. 57 a 59 e 134 do C. p. militar forem commettidos durante uma guerra contra a Allemanha, e no theatro das hostilidades, tem applicação o art. 160 do mesmo Cod. (e não o art. 4.º da lei de introd. do O. p.

P- (') As disposições da lei prussiana de 4 de Junho de 1851, que impõem a pena de morte a outros crimes que não os mencionados no art. 4.º da lei de introd., devem ser consideradas revogadas por esta ultima. Ver Seuffert, O. p., 1.º, 2.º.

(*) O art. 68 da const. imp. dispõe: «quando a segurança publica no território federar" correr perigo, o Imperador pode declarar qualquer parte do mesmo em estado de guerra. Até a decretação de uma lei imperial que determine as condições, a forma da publicação e os effeitos de tal declaração, vigorarão as disposições da lei prussiana de 4de Junho de 1871». Segundo esta lei, a declaração do «estado de sitio» pode ter logar 1.º no caso de guerra nas provindas ameaçadas ou já occupadas pelo inimigo; 2.º no caso de sedição em tempo de paz ou de guerra, quando correr grave perigo a ordem publica. Os effeitos desta declaração são passar o poder executivo ás autoridades militares, ficar o exercito sujeito aos artigos de guerra, aggravarem-se as penas de certos crimes, ampliar-se a jurisdicção dos tribunaes militares etc. — O «estado de guerra ou de sitio» do direito allemSo é pois «dieta-1 dura militar» (Laband) e nada tem de commum com o «estado de sitio», de que trata a const. do Brazil (suspensão de garantias individuaes). N. do trad. §% (,

imp.), o qual sujeita tanto o estrangeiro como oj allemão ás disposições da lei penal militar ⁽²⁾. Cons. a parte especial.

III. — Finalmente devemos fazer referencia ao art. 30, ai. 1.º, da lei de 7 de Maio de 1874, segundo o qual continuam em vigor até disposiçã em| contrario as leis especiaes relativas á imprensa emj tempo de guerra imminente, de guerra effectiva, dej declarado estado de guerra ou sitio, ou de commoção j intestina (sedição) ⁽⁸⁾.

(*) Semelhantemente Olshausen, lei de introd., § 4.º, 8; Hecker, 44, contra a opinião com m um. NOB casos dos §§ 81, 307, 811, 812, 815, 822, 328, 824, não tem pois applicação a pena de morte, não obstante o art. 4.º da lei de introd. I

⁽⁸⁾ Cons. v. Liszt, *Presarecht*, § 12.

PAKTE GERAL

Livro primeiro

DO CRIME

§ 25. — Conceito e divisão

I.— Crime é o *injusto contra o qual o Estado commina pena* e o injusto, quer se trate de delicto do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a *acção culposa e contraria ao direito*.

1.º — D'estas definições resulta immediatamente a construcção systematica da theoria do crime. Devemos considerar o crime primeiramente como injusto, e portanto: *a)* como acção, *b)* como acção contraria ao direito, *c)* como acção culposa; ao que accresce *d)* a indagação da differença entre o injusto punível e o não punível.

2.º — Além dos caracteres (necessarios) do conceito do crime, os quaes em cada crime devem ser encontrados, temos de submetter a um acurado exame as formas (eventuaes), sob que o crime se pôde objectivar. Essas formas são: *a)* a tentativa e a consummação; *ò)* a autoria e a cumplicidade; *c)* a unidade e a pluridade no crime.

II. — A idade média distinguia os crimes em *causas majores et causas minores* *fungericM, malefiz*,

de um lado, e *frevel* de outro): as *causce majoree* acarretavam penas criminaes no *pescoço* e na *mão* as *minores* penas não criminaes ou civis na *pelle* e no *càbello*. Tal é também o ponto de vista da Caro-|lina. Entretanto não raro já se encontra nas fontes, da idade média, e também nas posteriores, uma categoria intermediaria (o *nicht pur-lauter malefiz* ou o malfício impropriamente dito do direito austríaco).

Desde o século XVII, sob a influencia dos jurisconsultos saxonios, sectários de Julius Claras, e especialmente sob a influencia de Carpsov, tinha curso sob varias denominações uma divisão tripartida que nos crimes graves distinguia os *atrociora* e os *atrocissima*, e incluía n'esta ultima classe os que eram punidos com a pena de morte agravada (n'elles o *conatus proximus* equivalia á consummação). A mesma divisão encontra-se na constituição criminal austríaca de 1768 e no cod. bavaro de 1751. Sobre base diversa assenta a divisão tripartida que desde o começo do período philosophico encontra-se frequentemente na litteratura : distinguiam-se, além das contravenções policiaes, os *crimes* que offendem direitos naturaes, como a vida, a liberdade, etc, e os *delictos* que se dirigem contra direitos creados somente pelo contracto social, como a propriedade e outros. A' legislação do século XIX foi de influencia nociva a theoria do direito francez que desde 1791 distingue entre *crimes, délits et contraventions*, segundo a gravidade da pena comminada contra o acto delictuoso. Esta *trichtomia* do direito francez foi aceita por vários codigos dos Estados da Allemanha, como o prussiano de 1851, d'onde passou, apesar de viva contradicção por parte da sciencia allemã, para o C. p. imp. Também a aceitaram o C. p. belga de 1867, o húngaro de 1878, os projectos austríacos e o russo, ao passo que o cod. hollandez de 1881 e o

italiano de 1889 e o projecto norueguense e o suíço substituíram a tripartição pela bipartição ⁽¹⁾.

III. — Segundo o C. p. imp., as acções puníveis (crimes em sentido amplo) distinguem-se em:

1.º — *crimes propriamente ditos*, isto é, infracções contra as quaes a lei commina a pena de morte, reclusão ou prisão em fortaleza por mais de cinco annos;

2.º — *delictos*, isto é, infracções contra as quaes a lei commina pena de prisão em fortaleza até cinco annos, encarceramento ou multa superior a 150 marcos;

3.º — *contravenções*, isto é, infracções contra as quaes a lei commina pena de detenção ou multa até 150 marcos ⁽²⁾.

IV. — A pratica d'esta tríplice divisão rege-se pelas seguintes regras ⁽³⁾ :

1.º—O que serve de critério não é a pena a applicar (a pena incorrida), mas a que a lei commina,

⁽¹⁾ Cons. O. Meyer, *Bedeutung und Wert der Dreitheilung der strafbaren Handlungen für das deutsche Reichsstrafrecht*, diss., 1891 (a favor da tripartição). O absurdo da tripartição está n'isto: de um lado o direito imperial, como uma simples inspecção do Ood. de org. jud. o mostra, não obteve a simplificação incontestavelmente obtida pelo direito francez quanto á discriminação das competências ; e de outro lado os delictos do C. p. imp. são por sua natureza completamente analogos aos crimes, de sorte que não ha razões intrínsecas em virtude das quaes os delictos devam ser tratados de modo diverso, por que o são os crimes em relação á tentativa, á cumplicidade, etc,

⁽²⁾ Vejam-se no C. de org. Jud. da Allemanha os arts. 27, 73, 74, 75, 80 e 186, n. 1. N. do trad.

^(*) N'esta discriminação o legislador esqueceu completamente a relação por elle estabelecida no art. 21 do C. p. entre as diversas penas de prisão. Esqueceu mais que não ha notável differença entre a execução da pena de reclusão e a da pena de encarceramento. O Cp. militar distingue somente entre crimes e delictos, e deixa que as contravenções sejam punidas disciplinarmente. ^Y

^(*) O C. p. tem em attenção a differença entre crime e delicto

e, sendo comminadas penas alternativas, a que fôr mais grave (a acção contra a qual a lei

m

encarceramento ou detenção é sempre delicto). No tocante ás multas comminadas como múltiplos ou fracções de uma determinada quantia, multas comminadas principalmente nas leis aduaneiras ou sobre impostos (adiante, § 63), serve de regra o máximo applicavel no caso occorrente, uma vez que o minimo declarado na lei, como se observa no art. 55 da lei imperial sobre bancos, já não tenha decidido que o facto deve ser classificado entre os delictos ⁽⁴⁾. I

2.º— Si o legislador afasta os limites extremos da pena para attender a circumstancias attenuantes ou aggravantes, serve de regra o máximo da escala assim ampliada em todos os casos, ordinários, leves ou graves. Si se trata porém de especies indepen-1 dentes, leves ou graves, da mesma acção punível, deve-se ter em attenção tanto a escala penal do caso normal, como e principalmente a da espécie. Sem duvida, é muitas vezes difficil, no caso dado, fazer a discriminação. Importantes pontos de apoio para a solução da questão de saber si se trata ou não de uma comminação independente, podem offerecer a historia do crime em questão, a sua denominação e a sua collocação no systema da lei.

Exemplos: a morte dada em acto seguido á provocação (art. 213 do C. p.) é *crime*, como caso menos severamente punido do homicídio; a morte

de um lado, e, de outro, entre delicto e contravenção nos arte. 4, 6, 37, 40, 57, ns. 4, 43, 49, 49 A, 267, 27, 29, 67, 74, 79, 126, 240, 241, 151, 157 n. 1.

(*) N'este sentido a opinião commun e a praxe do Tribunal Bup. de Berlim e do Trib. imp. (26 de Setembro de 81, 57, 28). Cons.] principalmente Olshausen, §§ 1, 10. Em sentido contrario O. Mcyer, 48, e Binding, 17, 515, segundo o qual deve-se em todo caso classificar' o facto como delicto, porque o máximo possível excede a 150 marcos.

dada a pedido da vítima (art. 216 do Cod. p.) é §delicto, como espécie independente do mesmo crime; o art. 313, al. 2.º do C. p. não tira a inundaçã o caracter de crime, bem como a atenuaçã o da pena de que trata o art. 157 do mesmo cod. nenhuma influencia exerce sobre a gravidade do perjúrio.

3.º—As escalas penaes que a lei manda rebaixar, quando se trata da tentativa, da cumplicidade e da adolescência, devem ser consideradas oomo ampliações da escala penal normal, e não como cominações independentes ⁽⁶⁾. y^ ft

(⁶) N'este sentido a opinião commum. *Contra*, Olshnusen, § 1º, 8. Não é claro Binding, 1º, 616.

CAPITULO I

Caracteres do conceito do crime

L — O CRIME COMO ACÇÃO

§ 26. — O sujeito do crime

LTITEBATUBA. — Ao n. I, confronto *apud* Giinther, 1.º, 25, nota 12; v. Amira, *Tierstrafen und Tierprozesse*, 1891; Brunner, *Rechtsgeschichte*, 2.º, 556. — Ao n. II, principalmente Gierke, *Die Oenossemchaftstheorie imã die deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 743; v. Kirchenheim, G S., 37.*, I 241, 40.*, 251; Jellineck, *System der wubjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, p. 246.

I. — Segundo a intuição moderna, o crime só pôde ser commettido pelo homem. A's legislações antigas, porém, e ainda desde o século XIII até o século XVII, não eram desconhecidos o processo e a punição de animaes, o que explica-se já por idéas religiosas (sacrifício do boi, p. 10; direito mosaico, Êxodo, 21, 28), já porque queria-se verificar por um processo especial o facto constitutivo do damno II causado por animal afim de responsabilisar-se o dono, ou porque tratava-se de exorcismar o espirito maligno. Não se apresenta como pena a morte do animal infamado por bestialidade etc. para apagar-se a memoria do facto. A mesma ordem de idéas pôde explicar o procedimento contra objectos inanimados, facto também attestado pela historia. t^O

II. — Segundo o direito imperial YÍgenteT^H abstracção feita de disposições espeeias — só 6 individuo, e não a entidade collectiva, pode com-metter crimes e soffrer as penas respectivas. *Societas ãélinquere non potest*. O corpo colectivo não pôde ser responsabilizado, mas somente os individuos quej funcionam como seus representantes. Não raro as leis penaes accessorias impõem a corpos collectivos| o obrigação subsidiaria de responder pelas multas que recaem directamente sobre o culpado (adiante, § 58, I); mas essa garantia não é pena, comquanto os efeitos de uma e de outra sejam equivalentes. Entretanto deve-se affirmar que o reconhecimento da! responsabilidade criminal do corpo colectivo, até onde vae a sua capacidade de obrar, e a punição de tal entidade, em tanto quanto figura como, sujeito independente de bens juridicos, é não só possível, como conveniente. Esta these encontra numerosas confirmações, tanto na legislação allemã como na estrangeira ⁽¹⁾.

(¹) A verdadeira concepção (quê nos crimes contra o direito internacional, cujo sujeito só pode ser o Estado, tem sido reconhecida sem contestação) não só predominou na idade média ailemã (punição das cidades que asylavam a proscriptoB,— Espelho da Saxonia, 2.º, 72, 1, paz publica de 1235, § 18), como tornou-se opinião commum na acien-cia do direito penal desde Bartolo. Neste sentido Gundling, Engau, Kock, Leyser, J. S. F. Böhmer e outros, que, no caso de dar-se *com-murie consilium membrorum*, reconhecem explicitamente ser a *universitas* o sujeito do crime commettido (ver, porém, o cod. bavaro de 1761). Só pelos fins do século passado veio a predominar a doutrina oposta sol) a influencia dos romanistas (v. Savigny); por muito tempo, desde Feuerbach, imperou ella exclusivamente entre os professores do direito penal. Na sciencia moderna, porém, a doutrina da capacidade criminal do corpo colectivo, quer no direito civil, quer no direito penal, doutrina mantida pelo direito anglo-americano, russo, francez e hespanhol, tem tomado incremento. — Dentre os germanistas foi victoriosaraente

defendida por Beseler, Bluntschli, Dahn e outros, e sobretudo **por** Gierke (já assim no seu *Genossenschaftsrecht*). Colocam-se mais ou menos no mesmo ponto de vista, dentre os romanistas, Bckker, Dernburg, Windscheid, Tjbbeloh.de; como representante do direito civil prussiano, Förster-Eccius, g. 282, VIII, e, dentre os criminalistas, v. Kirchenheim, Merkel, 50, Leverkühn, G.-A., 38.º, 304. Pelo contrario manifestaram-se recentemente no sentido da opinião reinante Olshausen, cap. 4, 6, Janka, 61, Bünger, Z., 8.º, 578, Ziebarth, 840, Storck, *apud* Griinhut, 16.º, 828, van Hamel, 1.º, 158 (este ultimo pelo menos em quanto a palavra pena não comprehender todas as medidas de protecção social), "Weisl, *Heeresstrafrecht*, 1.º, 184, v. Lilienthal, *Grundriss*, 40.

[Jellinek considera somente possíveis o injusto policial e a pena policial, mas desconhece tanto a idéa do delicto como a da pena. Na novíssima legislação ai lema veja-se o art. 74 da lei do 1.º de Maio de 1889 **sobre** as sociedades cooperativas de economia e industria: « si a sociedade se [fizer culpada de actos ou omissões illegaes, que comprometiam o interesse colectivo, pôde ser dissolvida »; disposição análoga encontra-se na lei sobre a industria relativamente ás corporações de officio, art. 108, n. 3, 104 g. — A doutrina do texto assenta, não sobre idéas mysticas, mas sobre o conhecimento da vida real. Que uma corporação commetta crimes é *juridicamente possível*; porquanto, de um lado, os requisitos de sua capacidade de facto em materia de direito penal não são fundamentalmente diversos dos que o direito civil exige ou dos que exige o direito publico (circumstancia esta que de ordinário não é notada). Quem pôde celebrar contractos, pôde também celebrar contractos usurários ou eivados de burla, ou não cumprir os contractos de fornecimento que tenha concluido (art. 329 do O. p.). Por outro lado, a corporação é também um sujeito de bens jurídicos (direitos patrimoniaes, direito eleitoral, direitos relativos á existência, á honra), que podem ser criminosamente lesados ou destruídos. E a doutrina é digna de aceitação. O acto, por traz do qual se acha, não um ou vários indivíduos, mas uma sociedade, tem outro e muito maior alcance; a cabala eleitoral, a divulgação de escriptos prohibidos, a provocação a acções delictuosas, especulações financeiras de todo género podem ser tentadas por sociedades e associações em uma escala e com uma força que não guardam proporção com o numero dos respectivos membros. Por outro lado, é tão incompatível com o sentimento da justiça como com os princípios de uma sã politica criminal deixar impune o culpado propriamente dito e lançar exclusivamente a responsabilidade sobre quem é órgão da vontade alheia. — E certo que a idéa de acção com tudo o que a ella

se refere só mediatamente pôde ter applicação ao corpo collectivo. **Mas**, si este não funcçiona physicamente, funciona por meio de órgãos a ficiaes; e assim como essa actividade pôde produzir, no campo do direito civil e da vida publica, effeitos jurídicos pró e contra a entidade col-lectiva, também deve ser isto possível no campo do direito pemVI (»), f

(•) No nosso direito admite-se que as pessoas jurídicas podem ser objecto de crimes e que têm competência para dar queixa contra os seus offensores; não se lhes reconhece, porém, capacidade para delinquir, como entidades distinctas dos seus membros. É isto sobretudo devido a influencia da theoria da *pessoa jurídica*, oriunda do direito romano e levada ás ultimas consequências pelos seus interpretes. E: quanto predominar a idéa de que todo sujeito de direitos, que não fôr individuo, é uma *persona ficta* **sob** a tutela necessaria dos seus representantes (confundindo-se assim a idéa de órgão com a de representação), e em quanto se regerem exclusivamente pelas regras do mandato as relações entre a pessoa jurídica e os seus órgãos ou entre estes e terceiros, perdurará o erro que o autor impugna. Na Allemanha tem-se produzido uma enérgica reacção, cujo principal representante é Gierke, contra essa theoria estreita que falsea todo o eystema jurídico, pois que no direito a idéa de pessoa é a idéa capital. No direito publico ella nos leva a considerar o Estado como uma *ficção*, e portanto a basear sobre uma *ficção* todo o systema do direito publico, e no direito penal a conferir ás entidades collectivas, apezar de sua organização e de sua actividade, muito mais extensa e intensa do que a acção individual, o privilegio da irresponsabilidade criminal. — O nosso C. p. exclue expressamente a responsabilidade da corporação, associação ou sociedade como tal (art. 25); mas não foi consequente com o seu próprio principio, com minando no art. 103 a pena de dissolução contra a corporação que commetter o crime ahi previsto. M. Freire reconhecia, pelo contrario, no seu projecto de C. *Crim.* (tit. 2.º, § 8), que « os collegios, corporações e sociedades podem delinquir pelas pessoas de que se compõem e que os representam e governam », mas s<5 attribuia o delicto á universidade, « quando todos os representantes o commettessem ou a maior parte delles. » N. do trad.

§ 27. — A idéa de acção em geral LITTERATURA. —

As obras mencionadas nos §§ 28 e 29

I. — Para podermos fixar a idéa do *injusto*, de vemos investigar qual é o conjuncto de circumstan cias a que a ordem jurídica liga os effeitos do in justo.

As circumstancias que são a condição para que se siga um effeito jurídico consistem sem excepção alguma em *factos* juridicamente relevantes, isto é, em mudanças do mundo exterior apreciáveis pelos sentidos. Mas os effeitos do injusto, e consequentemente a pena, só se ligam a certos e determinados factos. As circumstancias constitutivas do injusto não podem ser *acontecimentos*, que independam da vontade humana, mas somente *acções humanas*.

II. — Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referivel á vontade do homem. Sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis panam nemo patitur*. Mas também não ha acção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*.

Desfarte são dados os dois elementos, de que se compõe a idéa de acção e portanto a de crime: acto de vontade e resultado. A estes dois elementos deve accrescer a relação necessaria, para que elles formem um todo, a *referencia do resultado ao acto*. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior á vontade humana: 1.º quando a mudança foi *causada* voluntariamente; 2.º quando voluntariamente não foi *impedida*. A *commissão* e a *omissão* são as duas formas fundamentaes da acção e consequente-

mente do crime. Trataremos separadamente de uma e de outra nos dous paragraphos seguintes (28 e 29) (»).

III. — A mudança do mundo exterior, causada ou não impedida, denominamos *resultado* da comissão ou omissão. Como toda mudança do mundo exterior acarreta consigo outras mudanças, deve-se distinguir entre o resultado *próximo* e o *remoto*. Para saber-se qual o resultado que deve ser tomado em consideração, porque a elle se refere a comminação penal,

(*) Eis a mesma concepção exposta por van Harael (p. 185): «*acto* é o movimento muscular que se apresenta como manifestação da vontade. Para o direito porém o movimento muscular só tem importancia, em tanto quanto determina uma mudança no mundo exterior, cuja realisação é pelo direito considerada como offensa ou como com» promisso de um interesse jurídico, e por isso prohibida e sujeita a pena, v A mudança no mundo exterior 6 o *resultado* do acto. Do ponto de vista do direito penal devem ser consideradas as três faces do acto, como movimento muscular, como resolução e como causação. Deste conjuncto resulta a idéa de acção, e assim tem ella um tríplice aspecto, physiologico, psychologico e causal. A acção punível é pois antes de tudo *acto*, movimento muscular causado pela acção dos nervos motores, *actividade*, e neste sentido *as palavras e os actos* naturalmente não se contrapõem ». E em nota accrescenta: « Por ora não é conhecida uma causação puramente psychica, sem movimento muscular. Si se reconhecer como possível uma tal causação, não deixará por isso de convir á idéa de acto a expressão *movimento nervoso*, que agora está com»prehendida na expressão *movimento muscular* ». — A lei pôde descrever a acção que é prohibida (*delictum commissionis*), ou descrever a omissão ou abstenção que é vedada, indicando assim a acção exigida (*d. omissionis* propriamente dito), ou finalmente, sem indicar o modo de execução, prohibir a causação de um determinado resultado, quer seja elle produzido por uma acção, quer por uma omissão (*d. omissionis impropriamente dito ou d. commissionis per omissionem*). Exemplos dos três casos encontram-se nos art. 279, 207, 38 3, 4, 5 e 6, e 294 do nosso C. p. N. do trad.

cumprir consultar as definições do 0. p. (*). Para a idéia do homicídio em direito penal somente tem importância a morte da vítima, e não o ferimento mortal, nem também os efeitos que são muito extensos que da morte resultem para a família do morto. Mas a toda ação, por força da idéia mesma, se liga um resultado qualquer apreciável pelos sentidos, ainda quando o legislador abstraia aparentemente de um resultado ulterior que na verdade ele tem em vista. Isto é também verdade dos delitos de inação propriamente ditos (adiante, § 23) ^(z).

A idéia geral do resultado tem também aplicação ao facto de *pôr em perigo*, tão importante no direito penal. Pôr em perigo ou comprometer é provocar um *perigo*, isto é, uma situação em que,

(*) Somente neste sentido é correcta a formula (quanto ao mais perigosíssima) de que se serve Wachenfeld, *Verbrechenskonkurrenz*, 19: o resultado é o efeito natural na sua importância jurídica ».

(¹) W pois um contrasenso distinguir os crimes em *materiaes* e *formaes*, considerando-se como *materiaes* os que produzem um resultado exterior e como *formaes* aqueles em que isto não se dá. Correctamente Janka, 60, Herzog, *Rücktritt*, Bekker, *System*, 278, Hermes, *Teil-§nahme*, 8, Baumgarten, *Veraueh*, 849, Schutze, 187, v. Lilienthal, 258 (no trabalho indicado no § 30), Birkmeyer, *Teilnahme*, 96, van Hamel 1.º 189. Cons. v. Liiszt, Z, 1.º, 93. Em sentido contrario recentemente Borchert, *VerantwortlichJzeit*, 117, Olshausen, cap. 3.º, 5. — Duas considerações fazem patente o erro dos adversários. 1.º Em todo delicto por comissão, qualquer que seja a definição legal, é concebível a utilização de um homem como instrumento (adiante, § 50), e portanto a separação do resultado. Exemplo: a injúria verbal por intermédio de um alienado para este fim industriado. Mas, abstracção feita de um instrumento humano, póde-se empregar sempre um processo complicado para a produção do resultado. Exemplo: o perjúrio pela expedição do teor do juramento assignado. 2.º Na omissão propriamente dita o resultado se obscurece, mas não deixa de existir. O descurar a limpeza do esgoto, por exemplo, tem por efeito mudanças do mundo exterior certamente sensíveis. ■ §/ 2

attentas as circumstancias occurrentes no momento do movimento corpóreo do agente e segundo juízo imparcial, dá-se a possibilidade immediata e portanto o fundado receio de que se siga a offensa. As circumstancias constitutivas de muitos crimes assentam sobre a idéa de perigo: a exposição de infante e o duelo, como perigo de vida, o jogo de azar como perigo da fortuna; o pôr em perigo o credito, a paz publica; o envenenamento, como perigo produzido) com *animo Icedendi*; os crimes de perigo commum, como o incendio, a inundação e outros, estão neste caso. O «perigo actual para o corpo e a vida» é circumstancia que o legislador muitas vezes qualifica. A idéa de perigo assignala especialmente a punibilidade da tentativa. Dá-se a «possibilidade immediata» de que se siga um certo resultado, quando esse resultado só pôde ser evitado mediante circumstancias, cujo concurso não depende de nós nem pôde ser esperado com segurança ⁽³⁾ ^(b).

(•) Gons. também o que se diz adiante, § 47. No essencial concorda com o texto o Trib. do Imp., dec. de 14 de Junho de 82, 6.º, 396.º, de 11 de Março de 84, 10.º, 173, e de 18 de Maio de 86, 14.º, 135, bem como em geral a opinião commum. Que tenha justificação a idéa de um perigo real é inteiramente contestado por Hertz, *Unrecht*; 73 Janka, 69, v. Buri, Lammasch, Pinger nos trabalhos indicados n.º § 28. Não contestamos que tal idéa resulte somente da nossa incapacidade, em tantos casos dada, para prever o curso de um acontecimento, visto como não podemos apreciar exactamente as circumstancias que o determinam. Mas o facto de que não falaríamos mais em perigo, si fôssemos omniscientes, não nos pôde impedir de, por enquanto, utilisarmos de tal idéa na administração da justiça, como ella é utilisadti na vida ordinária. No senso commum ella encontra o seu fundamento, como a sua limitação. Ver especialmente Loock (Litt. no § 28). I

(^bJ Como o direito penal ora pune a offensa de interesses juridicos — a vida, a saúde, a honra, a fortuna, ora o facto de comprometter-se ou pôr-se em perigo taes interesses, os criminalistas allemães

IV. — A voluntariedade na commissão ou na omissão, não quer dizer livre arbítrio no sentido metaphysico (acima, § 15, II), mas isenção de coacção mechanica ou psychophysica. Não se dá acção por parte daquelle que, em um ataque de convulsão, damnifica objectos alheios ou que, em razão de uma syncope, não pôde cumprir o seu dever; não se dá acção por parte de quem é coagido pelo poder physico de outrem a fazer ou deixar de fazer alguma cousa (C. p., art. 52).

§ 28. — Da commissão

LITTERATURA. — Bekker, *Theorie des Strafrechts*, 1.^o, 243; Hälschner, 1.^o, 503; Zitzelmanu, *Inium und iBechtsgeschäft*, 1879, p. 25; Pfersche, *Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts*, 1891; Lammasch, *apud Grünhut*, 9.^o, 90; Biinger, Z., 6.^o, 291, 8.^o, 520; v. Liszt, Z., 6.^o, 663; Janta, *Die GrwĩaUgen der Strafschulã*, 1885; o mesmo, Z., 9.^o, 510; Weismann, Z., 11.^o, 80; Heinemann, *Die BinãingscJie Schulãlehre*, 1889; o mesmo, *Die Ideal-IkonJcurrenz*, 1893; Kuhlenbeck, *Der Schulãbegriff*, 1892; Wachenfeld, *Die VerbreehenskonJcurrenz*, 1893; os tratados e os manuaes de psychologia. — Sobre a idéa de causação: Geyer, opúsculos, 108; v. Bar, *Die Léhre vom Kausalzusammenhange*, 1871, *Kausalität*, 1873, Z., 2.^o, 232, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Bezielungen*, 1885; Binding, *Normen*, 1.^o, 112, 2.^o, 224; Birkmeyer, *XJrsachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht*, 1885, impresso na G S., 37.^o, 257; o mesmo, *Die Léhre von der TeUnahme*, 1890; Janka, Z., 9.^o, 499; Merkel, 97; Kohler, *Studien*, 1.^o, 83; Huther, *Der Kausalzusammenhang ais Voraussetzung des Strafrecht**, 1893; Horn, *Der Kausali-*

distinguem os crimes em *Verleteungadelifcte*, — os que consistem na offensa dos interesses protegidos (homicídio, injurio, furto, etc), e em *iGefãhrdunffsãelihte*, — os que consistem em compromettel-os. Muitos delictos desta ultima categoria encontram-ee no nosso G. p. (liv. 2.^a tit. 3, cap. 1, 2, 3, tit. 10, cap. 6, etc.) N.do trad. (QU)

tatsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht, 1893 ; Endenian, *Die BechtsuHrkungen der Ablehnung evner Ope-§ ration seitens äes körperlich Verletzten*, 1893. — Sobre a idéa de perigo, especialmente J. v. Kries, *Die Prinzipien§ der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, *Ueber die objektivtl Möglicilceit und einige Anwenãungen äerselben*, 1888, Z. 9.º, 528; Binding, *Normen*, 1.º, 324, nota 10; Merkel, 45. E mais: Finger, *Der Begriff der Gefahr tmã seine Anwen* ãung im Strafrecht*, 1889 (contra v. Kries) ; v. Bohland, *Die Gefahr im StrafreoM*, 2.º ed., 1888 e contra elle) v. Buri, G S., 40.º, 503; van Hamel, 1.º, 173; Botering, *Fahrlässigkeit und Unfallsgefähr*, 1892 ; Looock, *Der «ir«-j rechtliche Bchutz der Eisenbahnen im DeuUchen Reich* (artigo do *Eriminal. 8eminar*, 3.º, 2) 1893, p. 161.

j

I. — Comissão é a *causação do resultado por§ um acto de vontade*. Este apresenta-se como *movir§ mento corpóreo voluntário*, isto é, como tensão (contração) dos músculos, determinada, não por coacção mechanica ou psycho-physica, mas por idéas ou representações e effectuada pela inervação dos nervos j motores. O movimento corpóreo e o resultado constituem pois (v. acima, p.) os dois elementos egual-mente importantes da idéa de acção como commissão o (^a).

O movimento corpóreo é o effeito (a resul- tante) das idéas ou representações que se cruzam,

(^x) De accôrdo a definição do Trib. imp., dec. de 23 de Dezembro de 89, 20.º, 146, comquanto comprehenda também a omissão: « acção é a influencia exercida consciente e voluntariamente sobre o mundo exterior e provocada pelo movimento corpóreo em virtude da lei de causalidade. » Egualmente no essencial v. Lilienthal, 83, v. Kries, 167. Divergente em parte Búnger, Z., 8.º 640, que admite também uma acção interna não objectivada por movimento corpóreo; e mais Janka, Z., 9.º, 610, que, como Bchutze, 100, Bekker, 1.º, 244 e outros, quor separar o resultado da idéa de acção.

(ⁱ) O *Körperbewegung* (movimento corpóreo), de que fala o autor, é synonymo de *Spielbewegung* (movimento muscular), expressão empregada por van Hamel. N. do trad.

se contrapõem e se auxiliam. A representação que triumphamos chamamos *motivo*. Logo que esse triumpho |é definitivo, falamos em *resolução* e consideramos o resultado objectivo como facto nosso. A resolução é *ypremeditaãa*, quando a representação do resultado desejado, em surgindo, não determina logo a vontade, mas dá tempo a que as demais resoluções, e especialmente as idéas geraes da religião, da moral, do senso pratico, que dominam toda a nossa conducta, se façam valer. A falta de premeditação tanto pôde provir de uma violenta emoção como de uma estupidez destituida de reflexão. O C. p. utili-sou-se de idéa de premeditação na definição do homicídio e do assassinato (adiante, parte especial) e assim reconheceu a importancia geral desta circumstancia, pelo menos, para a graduação da pena ⁽²⁾.

As representações que induziram o agente a effectuar o movimento corpóreo podem referir-se de modo diverso ao resultado. E possivel que a representação do resultado não tenha surgido no seu espirito ou que elle a desviasse; mas pôde ser também que o agente previsse o resultado, ou mesmo que essa previsão tenha sido o motivo (motivo impulsivo) do movimento corpóreo. Da previsão do resultado origina-se a idéa de *dolo* (adiante, § 38). Neste caso costuma-se dizer que o resultado foi

(*) OODS. Wachenfeld, *Die Ueberlegung in unsercm heutigen Mordbegriff*, 1887, Alimena, *La premeditazione*, 1887. Dolo premeditado (*dolua premeditatus* em opposição a *dolua repentinua*) é expressão que induz em erro. Correctamente Binding, *Normen*, 2.º, 396, 508, Hälschner, 1.º, 615, Olshausen, § 211, 6, Wachenfeld, 1. c. ^(b).

^(b) Segundo o autor, dolo é a previsão do resultado do acto ou « a representação da causalidade da acção ou omissão. » A premeditação caracteriza pois a resolução o não o dolo; a resolução e não o dolo é que pôde ser premeditada ou repentina. N. do trad. 13 >

querido; mas convém que esta expressão seja evi-j tada por causa das suas muitas aceções que a tornam incerta ⁽³⁾.

II. — Consequentemente o resultado deve ser produzido (ou causado) pelo movimento corpóreo ;| este e aquelle devem estar entre si, como ordinal riamente se diz, na relação de causa e effeito, em *connezão causal* ⁽⁴⁾.

(*) Linguagem vacillante: *querer*, ora significa desejar o resul-J tado (representação do resultado como motivo), ora a mera previsão delle. Binding pretendeu mesmo aproveitar para a doutrina jurídica a *vontade inconsciente* de E. v. Hartman, mas não encontrou quem o seguisse. O melhor é evitar absolutamente a expressão *querer o resul-§ tado*, e empregar o vocábulo *querer* ou *vontade* para designar somente o acto psycho-physico, pelo qual se opera a tensão dos músculos. Segundo esta linguagem, querido é pois, somente, o movimento cor-, poreo, nunca o resultado. Já anteriormente, neste sentido, Bekker, 1.º, 243, recentemente Zittelman, 1.º, 136, Biinger, Z., 6.º, 821, Olshausen, § 69, 16; *contra*, "Weismann, Z., 11.º, 85, Enneccerus, *Rechtsgeschäft*, 1.º, 12 (º).

(º) Binding, apoiando-se em Schopenbauer e E. v. Hartman, allude aos *factos inconscientes* (*Normen*, 2.º v., p. 108), como também faz Alimena, *La premeditazione*, p. 156. Binding porém observa que « a ethica e o direito nada têm que ver com a vontade inconsciente; o que a ethica e o direito apreciam são os productos da vontade con- i sciente, isto é, da vontade que é, pelo menos, acompanhada da sciencia daquillo que ee quer. » Quanto á applicação restricta da expressão *vontade* e *querer* ao acto (como volição e como movimento muscular), seria positivamente uma vantagem para a sciencia do direito penal. « Si a vontade, diz Binding, não é senão o momento causal no homem, tudo o qne é causado pelo homem é sempre querido, quer tenha sido ou não de antemão representado. O que causamos chamamos facto nosso» (*Normen*, p. 112). E difficil prever até onde conduziriam as consequências deste puro doutrinarmismo. N. do trad.

j

(*) A questão da existência do nexo causal devo ser cuidadosamente distincta da questão sobre a existência de culpa por parte do agente j (Jons. sobre esta o § 35. De accordo a opinião cominum, especialmente

Dá-se conexão causal entre o movimento corpóreo e o resultado, *quando não se pôde suppor sup-primido o movimento corpóreo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido* (isto é, do modo por que de facto ocorreu). Si o nexó entre o movimento corpóreo e o resultado é assim necessário, dizemos que o movimento corpóreo é a causa do resultado, que este é o effeito daquelle, isto é applicamos á relação do movimento corpóreo e do resultado a categoria da causalidade (como uma forma do nosso entendimento). Desta definição seguem-se immedia-tamente duas conclusões do maior alcance pratico.

1.º — O resultado deve ser também referido ao movimento corpóreo, como causa, quando, sem as circumstancias especiaes em que a acção foi praticada ou que á acção sobrevieram, o resultado não se teria dado. O ferimento é causa da morte, ainda quando esta não occurresse, si não fora a debilidade geral do organismo do offendido, ou si não sobreviera o incendio do hospital á oífensa que em si não era mortal

2.º — O resultado deve ser ainda referido ao movimento corpóreo, como causa, quando, sem o concurso concomitante ou posterior de outras acções humanas, o resultado não se teria dado. Especialmente não se oppõe á admissão da conexão causal

Birkmeyer, Janka, Kohler, EndemanD, Olshausen, cap. 3, 1. Em sentido contrario, v. Bar. (que segue a Luden e Krug), Brich, G A., 26, 420, Alcrkel, 71, Z., 1.º, 591. Deve ser também sustentada incondicionalmente a these que a lei causal se refere somente ás mudanças que occorrem no espaço e no tempo, e não á ligação lógica das idéas. Mui frequentemente encontra-se tal confusão na novissima litteratura, como se nota em Cohn (tentativa), Binding, Zitelmann, v. Rohland (conexão juridica) 7 v., Kries, Kohler (causalismo da ordem social) e Outros. Excellentemente Heinemann, *Die Bindingsche Schuldlehre*, 31, Landsberg, *Kommissivdelikte*, 28. Cons. também o | 23, p. 110, bem como a p. 107. §3> ^

a negligencia do offendido mesmo (exclusão da compensação de culpa). »

III. — A applicação lógica destas theses não é possível, segundo o direito vigente, sem importantes imitações.

1.º — Quando entre o acto de um individuo e o resultado produzido intervém a actividade de outrem, não influenciada pelo primeiro, é o segundo agente, e não o primeiro, a causa do resultado. Si B faz um ferimento mortal em O já mortalmente ferido por A, e a victima succumbe ao segundo ferimento, é B, e não A, o causador da morte. Si A fere a C e este arranca o aparelho para que o sangue se escoe, a morte é causada por C e não por A. Estas conclusões decorrem da idéa de causa, como acima fixámos. Si, porém, o acto de B é provocado por A, este é a causa do resultado produzido. O direito vigente só admitte est'outra consequência com restricções. Quem determina um individuo não imputável á pratica do acto (ao suicídio, por exemplo), ou quem, por coacção (no sentido do art. 52 do C. p.) ou mediante erro (no sentido do § 39 deste tratado) dá causa ao acto de um imputável, é responsável, mesmo em face do direito vigente, como causador do resultado (ver. o § 50). Mas a instigação de um imputável, que exerce a sua actividade sem coacção e com previsão do resultado, não é considerada, segundo a concepção do direito vigente, como causa mediata do resultado e sim como cumplicidade no acto do instigado (adiante, § 49). A hypothese do livre arbítrio (§ 15, II) dá aqui logar a admittir-se uma «interrupção do nexo causal», que em rigor deveria levar á completa impunidade do instigador.

2.º — Quando a lei exige como condição de punibilidade ou como condição para a imposição de uma pena mais rigorosa a producção de um certo resultado (adiante, § 35, nota 6), segundo a doutrina cor-

rente — digna de assentimento para evitarem-se as consequências intoleráveis que da doutrina contraria seguir-se-hiam — não é admissível a existência de nexo causal entre a acção e o resultado, si este foi somente devido a um conjuncto ou encadeamento de circumstancias inteiramente excepcional (a denominada *causação adequada* — ver abaixo, IV, 3).

IV. — A questão de saber em que casos se pôde attribuir o resultado á acção como causa remonta a um loginquo passado. Mas o direito romano offerecia ao exame textos na verdade contradictorios, (Pernice, *Laheo*, 2.º, 36) e a idade média allemã procurou cortar o nó, estabelecendo determinados caracteres exteriores (assim, por exemplo, frequentemente deixa va-se de admittir a existência de homicídio, si no intervallo entre o acto delictuoso e a morte a victima foi ao mercado ou á egreja).

Na sciencia do direito commum (nos escriptos de Carpsov e Böhmer, como nos de Feuerbach e Stubel) a questão foi muitas vezes ventilada, e de ordinário a propósito da doutrina sobre o homicídio. Sem grande vantagem distinguiram-se a *Icetalitas ab-soluta* e a *Icetalitas relativa, in abstracto et in concreto, per se et per accidens*. A philosophia (principalmente a escola de Wolff) apoderou-se também da questão, mas apenas um ou outro escriptor (por ex., Soden) impugnou as distincções escolásticas. Cedo ellas foram admittidas na legislação. A Prússia deu-lhes grande importancia e em uma ordenança de 1717 lhes consagrou minuciosas disposições. Na sua maior parte os codigos territoriaes da Allemanha do século XIX (desde o bavaro de 1813 até o austriaco de 1852) julgaram necessário accentuar em artigos especiaes que pouco importa poder ser o resultado impedido por um auxilio prompto e adequado, bem como que a «offensa tenha tido resultado fatal em razão da compleição especial da victima ou das cir-

cumstancias eventuaes, em que o crime foi perpetrado» (Cod. pruss., art. 185). Só a novissima legislação abandonou essas disposições tão supérfluas quanto próprias a induzir em erro (motivos do projecto do C. p. imp., p. 112), sem que com isto puzesse termo ás controvérsias.

V. — Na discussão scientifica a idéa acima enunciada é considerada sob três diversos pontos de vista⁽⁶⁾. 1

1.º — Não tomamos a idéa de causa no sentido estricto, segundo o qual causa significa a situação a que uma outra se segue de um modo absolutamente necessário e rigorosamente geral, pois neste sentido] (causa como conjuncto das condições do resultado) a acção humana de nenhum modo pôde ser causa. Em todos os casos e sem excepção alguma, a efficacia da acção humana com relação ao resultado depende do concurso de uma serie de circumstancias externas j que não se pôde pensar supprimidas, sem que se nos | apresente também mudado o curso das cousas. Só--] mente podemos designar a acção humana como causa de um resultado no sentido limitado e discreto, se- j gundo o qual a causa não é mais do que uma das muitas condições necessarias do resultado.

(^B) As camaras criminaes do Trib. imp. compartilham completamente a concepção exposta no texto. Collecção das desicções *apud* Birk-meyer, nota 57. O principal representante da doutrina é v. Buri em numerosos escriptos. Seguem-na também Geyer, 1º, 119, Hälschner, 1º, 227, Janka, 67 Glaser, dissertações, 297, e posteriormente repetidas vezes, Hertz, *Unrecht*, 167, Berger *apud* Grünhut, 9º, 745, Borchert, *Verant-wortliehkeit fur Handlungen Dritter*, 111, Landsberg, *Kommisriv-delikte*, 41, Lammasch, *eod. loco* (também *apud* Grünhut, 9º, 221), Finger, 22, van Hamel, 1.º 193, (mas não resolutamente), Kuhlénbeck, *Der Schuld-begriff*, 1892, Loock, 182, e outros. Entre os novos adversários desta doutrina Endemanne Horn distinguem-se por não terem prestado completa attenção á respectiva litteratura do direito penal.



2.º — A identificação de causa e condição no direito penal nos põe em contradição com as tentativas muitas vezes feitas nos últimos anos para o fim de destacar-se, dentre as numerosas condições do resultado, uma delas como Causa em sentido rigoroso. Podemos distinguir aqui quatro formulas ou (concepções principais : a) v. Bar., presuppondo dadas as condições regularmente existentes, chama causa a condição que perturba o curso supposto regular e no converte em irregular (de modo análogo Zitel-Nmann); b) Binding (e igualmente Ortman, Meyer e (infelizmente também Oslhausen, cap. 3.º, 2), suppondo equilibradas as condições favoráveis ou desfavoráveis [ao resultado, considera causa a acção que dá às condições existentes a direcção decisiva para o resultado ; c) segundo Birkmeyer, causa é a condição mais eficaz {*contra* excellentemente Benneke, Z., 5.º, 731, Kuhlenbeck, p. 67, nota 1.^a) ; d) Kohler distingue entre a força de impulsão e a atmospheria, em que aquella se produz. Semelhantemente Wachenfeld, *Verbrechenskonnkurrenz*, 16, nota 4, Forcke, *Vrheber-schaft und Beihilfe*, 1880, Horn. As concepções desta natureza, convertendo uma das condições em causa, tem o inconveniente de que, levadas às suas consequências lógicas, obrigam á rejeição da idéa de *§concau8a* utilizada acima sob o n. II, 1 e 2, resultado este com que não se compadece a administração da justiça criminal (não assim o direito civil). Além disto, a formula de Kohler não passa de uma imagem infeliz.

3.º — O que, no caso concreto, serve de critério é a forma real, embora insólita, do curso dos acontecimentos. Em contrario J. v. Kries, segundo o qual o movimento corpóreo deve em geral ser apropriado a produzir o resultado que se produziu — *I cwsmeção adequada* em o p posição á *causação eventual*. Semelhantemente Merkel, 99 : «o direito penal sói

m

'4/

tem em consideração as relações condicionaes, a que | a experiência permite dar uma importancia geral». A opinião dos nossos adversários é completamente | arbitrária, e repousa (especialmente a de Merkel) j sobre a confusão já acima accentuada (nota 4) de causação e culpabilidade. *A causação adequada* só se j faz necessaria, quando se imputa o resultado que não é devido á culpa (acima III, 2) ^(d).

§ 29. — Da omissão

LITTERATURA. — V. Rohland, *Die ttrafbare Unterlas* sung*, 19, 1887; Landsberg, *Die Kommissivâelikte âureh Un* I teriâsHung im âeuUchen StrafrecM*, 1890. Ver ainda Biinger, Z., 69, 322, LôniDg, *Haftung âes Beâacteurs*, 136, Ziebarth, 338, Kohler, *Stuâien*, 19, 45, van Hamel, 19, 196, Waehenfeld, *Verbrechenskonnkurrenz*, 42.

I. — Dados certos requisitos (adiante sob o n. II), o direito, justamente como faz o senso pra-

^(a) Assim as opiniões dos criminalistas allemães sobre a questão da causalidade dividem-se em dois grupos. De um lado figura a concepção do autor, que considera causa (ou *concauta*) todo factor que não se pode pensar supprimido, sem que o resultado deixasse de occorrer do modo por que de facto se produzio. Mas, cumpra notar, a responsabilidade criminal daquelle, cujo acto foi assim causa do resultado, não depende somente do nexo causal, senão também e em primeiro logar da culpa, isto é, faz-se mister que da parte do agente tenha havido dolo ou culpa propriamente dita. Por isso a questão da causalidade é independente e deve ser distinctamente separada da questão da culpabilidade. De outro lado figuram as doutrinas dos que distinguem os factores em *cflwsrtà* e *condições*. Por causa entendem une a condição que converte em anormal o curso normal, outros a que dá a direcção decisiva as o outros a condição em geral adequada á re ali sacão do resultado ete. F *-ticamente, observa van Hamelj as duas theorias approxlmam-se: dado um resultado, cuja probabilidade ou possibilidade não podia sei previstes • 1* rtieoria contestará a responsabilidade por falta de culpa, e a 2?■ por falta de nexo causal. N. do trad.



r tico, equipara á causação o não impedimento do re-(
sultado relativamente ás consequências que se produzem
(delicto por omissão impropriamente dito). [Esta
equiparação não significa que se deva também I vêr no
não impedimento uma causação do resultado: |,a
punibilidade da omissão é completamente independente
da hypothese de sua causalidade. A equipa-jração pode
ser incompleta, o não impedir o resultado pode ser
punido com menos rigor do que o causal-o. Também é de
todo ponto possível que o legislador puna a omissão
considerada em si e sem respeito ao resultado. D'ahi a
idéa do delicto por omissão propriamente dito ('),
como violação de um preceito imperativo do Estado
(^a). E' do silencio do legislador que surgem as
dificuldades, silencio que nos obriga á observância desta
regra: á causação de um resultado equivale o não
impedil-o, quando a lei por disposição especial não
recommenda que de modo diverso seja tratada a omissão
(^b). Depois do que foi dito no § 27 basta observar que a
omissão deve

(') Exemplos: deixar de denunciar um crime, art. 139 do C. p., (não assim o art. 360 do G. p. mil.), deixar de salvar uma pessoa, art. 360, n. 10 do C. p.

J% (») O delicto por omissão propriamente dito suppõe um preceito *imperativo*, cuja não observância constitue a infracção, pouco importando que *in concreto* se dê ou não o perigo ou a offensa do interesse que a lei penal quer proteger. O delicto por omissão impropriamente dito é uma subdivisão do grande grupo dos crimes que tanto podem ser com-mettidos por acção como por omissão; suppõe um preceito que *prohibe* certo resultado, e se da quando esse resultado é produzido em razão da inacção de quem estava juridicamente obrigado a impedil-o. O confronto, por ex., dos arts. 878 e 298 do nosso O. p., basta para pôr em evidencia o contraste entre as duas classes de crimes em questão. Jlf. do trad.

(^b) Isto é, dados os requisitos a que o autor se refere sob o n. II. N. do trad. j tj£

ser também *voluntária* (um acto de vontade), expressão cujo sentido é aqui puramente negativo (pois uma inervação dos músculos, como no movimento corpóreo, está fóra de questão): a omissão não pode ser determinada por uma coacção mecha-¹* nica ou psycho-physics.

II. — Mas a idéa da omissão exige uma nova e essencial limitação :

Omissão é, em geral, o não empreendimento de uma acção determinada e *esperada*. Omittir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer *alguma coisa*, e, na verdade, o que era esperado. Não di- § zemos de uma pessoa que nos deixou de saudar,; de visitar, de convidar, si não devêssemos esperar por parte dessa pessoa a saudação, a visita, o convite.

O direito só se occupa com a omissão *injuridica*. Ella é injuridica, quando ha um dever juridico que obriga a obrar. *Non facere quod debet facere*, podemos dizer com a l. 4, D. 42, 8, de toda pessoa que incorre em omissão.

Mas o dever juridico que obriga a obrar pode ter diversos fundamentos. Pode resultar :

1.º de um preceito positivo da ordem jurídica, quer este preceito seja imposto pelo direito penal (por ex., arte. 221 e 359 do C. p., art. 60 do C. p., J mil.), quer o seja, expressa ou tacitamente, por um outro ramo do direito (dever dos pais de alimentar os filhos, obrigação contractual do enfermeiro, dever do funcionario publico, do vigia da prisão, da via férrea etc.) ;

2.º da *acção anterior* que indica a actividade ulterior como conforme ao dever e como contrario a elle o- abandono da direcção assumida. Especialmente a provocação não culposa de um resultado

injurídico origina a obrigação de obviar, quanto fôr possível, as consequências posteriores ⁽²⁾.

p Exemplos: o bom nadador A determinou a uma partida de natação o máo nadador B, promet-tendo soccorrel-o em caso de necessidade; no momento em que B perde as forças, A concebe a idéa do crime e deixa o companheiro afogar-se. O cocheiro deixa que os cavallos pisem o ébrio estendido no caminho. — A preparou a taça envenenada (para B, C toma-a na presença de A e este não o impede.

F IH. — Nunca repugnou á antiga sciencia equiparar em geral a omissão á commissão. Mas, ao [passo que os italianos, desde os glosadores, bem |como Carpsov que os seguia com Beyer e outros, queriam a omissão punida com menos rigor do que p delicto por commissão, J. S. F. Bohmer representava a doutrina mais severa, exigindo, pelo menos no homicídio, punição igual para ambos. As legislações, de accordo com a escola philosophica de [Wolff, entendiam que em geral as omissões estavam comprehendidas entre as acções, mas em casos singulares puniam as omissões em parte com penas menos severas. Assim o *Landrecht* prussiano de 1620, acompanhando as constituições saxonias, mandava [punir com penas arbitrarías os enfermeiros que deixassem perecer de inanição os enfermos confiados aos seus cuidados; segundo a Theresiana de 1768, art, 87, 5, a mãe «que por mera omissão causasse a morte do filho» (não ligando o cordão umbilical, deixando escoar-se o sangue, privando de alimentos

(*) Contra esta these quasi geralmente admittida Landsberg, especialmente a p. 257, fundando-se na historia do C. pruss. e do C. allemão, bem como na jurisprudência dos tribunaes supremos da Prússia e do Imperio. iyi

etc.), era punida com a pena de decapitação simples sem empalação; e ainda o Cod, austríaco de 1852, art. 139, pune o infanticídio por omissão com pena mais branda ^(°).

E' com o século XIX que começa a discussão científica, a respeito da causalidade da omissão, uma das questões mais infecundas que se tem agitado na sciencia do direito penal.

I Ao passo que Feuerbach, Spangenberg, Martin e outros não suscitaram sequer a questão da causalidade da omissão, e somente estudaram a omissão sob o ponto de vista de sua illegalidade e criminalidade, os successores daquelles criminalistas começaram a collocar a questão num terreno falso. *Ex nihilo nihil*, eis o pensamento que servio de ponto de partida. Luden e Zirkler declararam categoricamente que a omissão é «um obrar de outro modo ». Krug, Glaser, v. Bar e Merkel viram, pelo contrario, na acção que precede a omissão o momento causal; mas cahiram em insolúveis contradicções com o principio fundamental da theoria da culpa — a culpa deve existir no momento do movimento corpóreo. De modo essencialmente diverso trataram a questão v. Buri, Ortman, Binding, Hâlschner, Janka, Bungler, procurando encontrar o momento causal na omissão mesma. Formar a resolução criminosa, conter o impulso para a actividade é destruir o obstáculo que se oppõe ao resultado e desfarte produzi-lo (theoria

(°) Pereira e Souza (*Classes dos crimes*, nota 4 ao J 6.°) ase á resume o antigo direito portuguez: u debaixo da denominação de facto se subentende também o não facto ou a omissão Nem sempre te« logar no foro o dito de Sêneca: *qui nan vetat peccare cum possit, jubet*. Este principio só pode applicar-se, quando a necessidade de impedir os crimes alheios é imposta por lei especial». Encontram-se casos da omissão propriamente dita na Ord. do 1, 5, t. 62 pr. e § 4.°, t. 11 § 6», t. 18, | 5.°. N. do trad.

Ida interferência). Semelhantemente Berger, Geyer e Aldosser (causalidade psychica). Também Ols-hausen pode, si bem o comprehendemos, ser contemplado n'este numero. Mas esta opinião sosso-Ibra de encontro ao facto de que um tal phenomeno todo interno não se dá na omissão culposa, e na dolosa é difficil, senão impossível, demonstral-o. Completamente falha foi a tentativa de v. Rohland e outros (Haupt, Z, 2.º, 533, Sigewaart, *Der Begriff §des Wottens*, 1879, p. 33, Zitelmann, *Irrtum und lEecMsgescMft*, 1879, p. 200 e 259) que se propunham salvar a causalidade da omissão, referindo-se ao a seu resultado jurídico», pois este não é mudança do mundo exterior, e consequentemente não é resultado no unico sentido admissível da palavra | (acima, § 28, nota 4) ^(d).

^(d) Luden, a quem se deve a distincção entre as duas classes dos crimes por omissão, entendia que, nos crimes por omissão impropriamente ditos, a causa do resultado não é a omissão, mas a acção effectuada ao tempo d'ella. Assim «si a mãe faz meias em vez de ali* mentar o filho, a causa da morte da criança é a acção de fazer meias.» IKrug responde-lhe que a acção deve estar em relação causal com o resultado, e que tal acção não pode ser a que o oraittente pratica ao tempo em que devia exercer a sua actividade de outro modo, e sim a acção anterior em virtude da qual ficou constituído na obrigação de agir em certo sentido. D'ahi o segundo grupo de theorias representado principalmente por Glaser e Merkel, que procuram o momento causal na acção anterior d'onde se originou o dever jurídico de agir. Quando o vigia da via férrea deixa ficar a pedra, que rolou, sobre a linha, a causa do sinistro não é esta sua abstenção, mas a acção em virtude da qual elle assumiu o cargo e os deveres que lhe são inherentes. Esta-beleceu-se assim uma relação invertida entre a culpa e a acção : esta não é culposa e precede talvez muitos annos á resolução criminosa I O terceiro grupo de theorias é representado por v. Buri e Binding, que reconhecem na omissão mesma um caracter positivo, considerando-a como destruição ou annullação da condição que se oppõe ao resultado. O vigia da linha férrea collocara-se entre o perigo e as pessoas ex-

m

Assim a nossa ciência, segundo a sua (mais) nova orientação, chegou a este resultado, contestar] de toda a * importância da omissão como causa. Ao lado do movimento corpóreo causante figura a omis-| são não causante como forma independente da acção] delictuosa. N'este sentido especialmente Lönning,] v. Meyer, Endemann, Horn, e também Oetker, *Juriété LMeraturhlatt*, 3.º, 96.

E, na verdade, devemos convir em que, rigoro-j samente considerado, o resultado produzido não é em caso algum causado pela omissão em si, mas sempre pelas forças naturaes que exercem a sua actividade collateralmente á omissão. A criança, que a mãe deixa morrer de fome, perece de consumpção ; o máoj nadador, a quem o companheiro recusa a mão salvadora, morre por asphyxia. As forças naturaes, a que não se oppoz o individuo obrigado a agir, cau-j saram o resultado; não o causou o autor da omissão.]

Usamos pois de uma linguagem indubitavel-mente inexacta, quando falamos em *causar por omissão*. Trata-se somente de saber si a sciencia deve conservar ou não essa linguagem commum. Pela affirmativa (e n'este sentido as primeiras edições d'este tratado, bem como v. Kries, Kuhlenbeck, Wackenfelf e outros) poder - se-hia allegar que nãoéj menos inexacto designar como causa do resultado o, movimento do corpo humano, o qual não é mais do que uma de suas condições, e entretanto esta expressão a ninguém repugna (§ 28, IV, I). E' porém | preferível, afim de evitar-se todo equívoco, manter

postas a perigo como a condição que o remove; cora resolver porém inverter a direcção dada as suas forças, annulla a condição que impede o resultado. Mas esta theoria, como pondera van Hamel, não pôde salvar o principio da causalidade necessaria, pois que, em ultima analyse, attribue a factos puramente psychicos, como resoluções e annullação de resoluções, o valor de causas physicas. ET. do trad.

fuma distincção precisa entre a commissão e a omissão na exposição scientifica. Muito mais importante do que esta controvérsia de pura terminologia, bem como decisivo quanto ao modo de tratar pratica e scientificamente os delictos por omissão, é propor a questão correctamente. Não deve ella ser formulada n'estes termos : « quando a omissão é causal ? » El sim d'este modo : « quando a omissão é illegal ? » « quando o não impedir o resultado equivale a causal-o ? » Ao modo incorrecto por que a questão foi proposta deve a sciencia allemã as conclusões insustentáveis a que chegou.

§ 30. — Tempo e logar da acção

LITTERATURÄ.— Schneider, *Der Ort der begangenen That*, diss., 1886; v. Lilienthal, *Festgabe der Juristen-Fakultät in Marburg* etc, 1890, p. 253; v. Kries, 167; v. Bar, tratado, 235.

I.— A commissão. O conceito da commissão comprehende dois factos: o movimento corpóreo como causa e o resultado como effeito. Logo que a causa e o effeito, o movimento e o resultado se separam no tempo e no espaço (os denominados *delictos distanciados*), surge a dupla questão de saber *onde e quando a acção* (e portanto o crime) foi commettido ?

Em rigor, a commissão deveria ser considerada como um todo indivisível. O movimento corpóreo e o resultado juntos é que formam a acção. A acção seria praticada "ao paiz somente quando n'elle occorressem o movimento e o resultado; somente estaria a acção sob o imperio de um preceito jurídico quanto ao tempo, quando esse preceito tivesse applicação não só ao movimento, como ao resultado. Si o mo-

vimento corpóreo se effectuou no paiz e o resultado] ocorreu no estrangeiro, a acção, considerada como unidade, não seria praticada no paiz nem no estrangeiro. A mesma razão prevaleceria, quando, depois de effectuado o movimento, mas antes de sobrevir o resultado, a legislação soffresse alteração (*).

Esta doutrina nos leva a resultados que de nenhum modo satisfazem, e forçoso é que nos contentemos com uma parte da acção. Três alvitres se apresentam. Podemos considerar como decisivo, 1.º o movimento corpóreo, 2.º o resultado, ou considerar j 3.º como equivalentes um e outro (2).

Exemplo: uma machina infernal expedida de Bremeu para New-York no 1.º de Junho mata o destinatário a 15 de Julho. Na primeira hypothese a morte foi commettida em Bremen no 1.º de Junho, j na segunda a 15 de Julho em New-York; na ter-j ceira, no 1.º de Junho e a 15 de Julho em Bremen e em New-York.

Para sabermos qual d'estas três alternativas merece a preferencia, devemos partir do facto incontestável que, segundo o direito actualmente em vigor,

(¹) Consultar sobre este ponto TJllmann, *Lehrbueh des Strafprocesses*, 1898, p, 187.

(²) Consideram decisivo o movimento corpóreo v. Bar, Bekker, Hälschner, Hertz, Janka, v. Meyer, v. B-ohland, Schütze, v. "Wachter, Hancke, *Archiv für öffentl. Reeht*, 4.º, 460, Planck, 1.º, § 18, nota 27, Seuffert, C. p., 1.º, 29. A praxe equipara ás mais das vezes os dous elementos da acção. N'este sentido especialmente o Trib. do Imp.; a ultima dec. é a de 17 de Junho de 1892, 28.º, 155 («todo lugar, em que o facto é executado, seja immediatamente pelç movimento corpóreo do agente, seja pela força que elle poz em movimento »). Egualmente Berner, 248, Binding, 1.º, 416, Olshausen, g 3.º, 2 até 6, Wach, 1.º, 465, Bennecke, 84, v. Lilienthal, 270, van Hamel, 1.º, 207 e outros. A questão deve ter solução uniforme no direito penal e no direito processual ; v. Krics, 167, v. Lilienthal, 257. Não pensam assim Binding,



o caracter da acção é determinado pelo resultado produzido. Não é a remessa de uma machina infernal, mas a mudança por esse facto operada no mundo exterior, que imprime á acção o cunho de um certo

Waeh, Bennecke, v. Bar, 237, 238 (•). No sentido do texto especial-, mente Häberlin, 6 A., 35.º, 484, Merkel, 276, Neumeyer, *Strafbarer Baiikcrott*, 1891, p. 157. Tem-se também considerado toda a serie causal desde o movimento corpóreo até o resultado como uma unidade e entendido que a acção é praticada em todos os logares por onde passa a linha que assignala o seu desenvolvimento. N'este sentido o Trib. sup. de Berlim, dec. de 12 e 19 de Maio de 84, 10.º 420, e também Bin-ding, 1.º, 423 (b). Mas esta opinião é manifestamente insustentável. Si uma carta injuriosa expedida de Londres por via de Ostende, Franck-fort, Vienna, Fest, etc, chega ás mãos do destinatário em Constantinopla, certamente a injuria não foi commettida por toda parte do seu percurso. Binding, 1.º, 423, teve de abrir uma excepção ao principio sobre os crimes que elle denomina de *transito*.

(^a) Segundo o C. de proc. p. da Allemanha, art. 7.º e 8.º (abstracção feita da hypothese do art. 9.º), o delinquente pôde ser acc usado no *fórum domicilii* ou no *fórum delicia, commissi*; mas como o cod. não define o que seja logar do delicto, suscita-se a questão de saber qual o *fórum dei. com.*, quando o delinquente exerce a sua actividade em um logar e o resultado se produz em outro. Binding e Lilientbal entendem que esta questão de direito processual nada tem de commum com a de direito penal sobre o logar do delicto. Olshausen pondera que tal asserção é muito absoluta: as disposições processuaes servem para a realização do direito material, e portanto a lei do processo que admite o *fórum dei, com.* deve partir dos mesmos principios estabelecidos pelo direito material sobre a efficacia da lei penal no espaço e o logar da pratica do crime. N. do trad.

(^b) Dão-se três possibilidades, diz Binding; o delicto é praticado inteiramente no paiz ou inteiramente no estrangeiro, ou em parte no paiz e em parte no estrangeiro. Esta terceira possibilidade é que suscita duvidas. Devem ser considerados os crimes comprehendidos na terceira hypothese como praticados no paiz ou como praticados no estrangeiro? Eis a sua solução: «é praticado no paiz todo crime que no todo ou em parte se desenvolveu no paiz.» N. do trad. I V i'''

crime. Esta conclusão corresponde, sem duvida, melhor de qué qualquer outra á missão do direito penal —a protecção de bens jurídicos. Obtemos pois' a seguinte these: *o autor age no lugar e na epocha§ em que proâuzio o resultado.*

Mas esta these precisa ser explicada: *regulador] é o resultado que, já separado do movimento corpóreo,] e portanto da vontade humana, se apresenta como um§ effeito em si independente.* Os resultados ulteriores,) que decorrem da acção, não são tomados em consideração. O que regula é pois o lugar e o tempo doj ferimento mortal, e não o lugar e o tempo em que a morte produzio se ⁽³⁾.

II.— A mesma regra applica-se á omissão. O crime por omissão impropriamente dito é commettido no lugar e .no tempo em que o resultado aconteceu. No crime por omissão propriamente dito decidem o lugar e o tempo em que a acção exigida pela lei devia ser effectuada.

III. — Aplicações especiaes. (*)

1.º — O direito vigente considera e trata a instigação e a cumplicidade por assistencia (§ 49) como coparticipação em acto de outrem, e não como causação (ou não impedimento) do resultado, independente, posto que mediato. Sob este ponto de vista a resolução criminosa suscitada no animo do autor é o resultado da instigação e a facilidade a ella pro-proporcionada o resultado da cumplicidade por assistencia. Dahi resulta: no lugar em que o instigado recebe o conselho, etc, o autor o auxilio, e no

(¹) Em sentido contrario Wachenfeld, *Verbrechenakonnkurren*», § 82, v. Kries, 168.

(*) Em todas estas questões devem chegar naturalmente a outras conclusões aquelles, cuja concepção fundamental diverge da que é exposta no texto.

momento em que isto succede, nesse lugar e nessa epocha effectuam-se a instigação e a cumplicidade. Exemplo: A, residente em Pariz, dirige uma carta a B, residente em Berlim, remetida daquela cidade no 1.º de Janeiro de 1880 e entregue nesta a 3 do mesmo mez, e por ella determina B a assassinar O que se acha em Londres j si o facto foi praticado em Londres no 1.º de Fevereiro de 1880, a instigação effectuou-se em Berlim a 3 de Janeiro.

Consequentemente o auxilio prestado no paiz para um crime commettido no estrangeiro, póde-se considerar como prestado no estrangeiro, mas não é de necessidade que assim se considere.

2.º — Quando, porém, o facto é praticado por intermédio de um terceiro incapaz de imputação, ou imputável, mas illudido ou coagido, regulam o logar e a epocha do crime praticado pelo individuo que sérvio de instrumento. Si eu induzir um imbecil a subtrahir um objecto existente além da fronteira, sou eu o autor da subtracção operada além da fronteira, pá-se neste caso, segundo a concepção do direito vigente, *acto próprio* do culpado, e não co-participa-ção em acto alheio (adiante, § 50, II).

3.º — Com relação á tentativa punível, deve ser logicamente applicada a regra geral. Como é o facto de pôr em perigo que constitue o character especial da tentativa (adiante, § 45), o acto respectivo é praticado no logar e na epocha em que o perigo se dá.

K 4.º — Uma serie de actos que deva ser considerada como uma unidade segundo o direito — por exemplo, o crime contínuo ou o continuado (adiante, § 55) — não pôde ser, no concernente ao ponto em questão, desmembrada em suas partes, pois que estas não são entre si independentes. O crime é praticado durante toda a duração da serie e onde quer que Tfoi effectuada uma de suas partes. Si succeder diver-1

girem o direito nacional e o estrangeiro, deve-sej decidir a favor do primeiro, e, havendo divergência entre o direito antigo e o novo, a favor do menos, rigoroso. (As diversas jurisdições competentes tem todas o mesmo direito.)

5.º — Sobre a influencia que exerce uma *condição de punibilidade*, ver adiante o § 43.

6.º — Nos delictos de imprensa regulam o lugar e a epocha da publicação do impresso ⁽⁶⁾.

⁽⁸⁾ Cone. v. Liszt, *Pressrecht*, § 45, v. Lilienthal, 282; em sentido contrario o Trib. do Imp., dec. de 17 de Junho de 92, 23.º, 155.

II—O CRIME COMO ACÇÃO ILLEGAL

§ 31. — A ilegalidade como característico da idéa

. — Como injusto, o crime, do mesmo modo que o delicto civil, é *illegal*, ou por outros termos é a transgressão de uma norma do Estado, de um preceito proibitivo ou imperativo da ordem jurídica (*). Mas essa ilegalidade pôde revestir formas diversas. 1.º — Convertendo os interesses da vida humana em bens jurídicos, isto é, em interesses juridicamente protegidos, o direito proíbe, sem que se faça mister uma declaração expressa (²), toda lesão ou offensa de taes interesses (⁸). fl

§ (*) O crime é ilegal, mas não produz ilegalidade. Isto é **tio** certo como a these que os caracteres do conceito de um objecto são cousa diversa dos effeitos que esse objecto produz. Entretanto esta re-ação tão simples quanto clara tem sido falsamente concebida. Na theoria dos *Normas de Binding* uma tal confusão é o ponto de partida de uma serie de erros fecundos em consequências. Vôr acima o g 28, nota 4.

(*) Esta these é a mais das vezes desconhecida no direito civil, e o é igualmente pelo projecto do O. civil. Cons. Liszt, *Oremgereehnte*, 34. Também a theoria dos Normas de Binding assenta sobre o desconhecimento desta simples verdade (vér acima o £ 12, nota 2). É da essência da norma a promessa da protecção do direito, o reconhecimento de um interesse da vida humana como bem jurídico.

(^B) E claro que as expressões *offender e pôr em perigo*, que rigorosamente tomadas se referem a factos externos, são aqui empregadas

2.º — Por declaração especial, o direito prohibe também, dados certos requisitos e dentro de certos limites, que se *ponham em perigo* (ver acima o § 27, III) os interesses juridicamente protegidos.

3.º — Finalmente o direito prohibe (ou exige), e ainda por disposição expressa, a pratica (ou abstenção) de uma acção determinada, porque o effectual-a (ou o não effectual-a) envolve *ordinariamente* perigo para um bem jurídico, pouco importando saber se, no caso dado, a acção corresponde ou não a este geral presupposto. Considere-se o preceito prohibido § tivo concernente á marcha precipitada de carros e de cavalleiros, ou o preceito imperativo sobre lagartas, vacinas, etc.

Este ultimo grupo comprehende, em opposição j ao injusto criminal, o *injusto policial*, a simples desobediência (*) (^a).

II.—Só excepcionalmente e por *causas especiaes*

em sentido figurado. *Offensa do direito* é apenas uma imagem. Offensados e postos em perigos são somente os homens ou as cousas, como sujeitos ou objectos em qno o interesse se concretisa.

(*) Esta distincção, cujo aperfeiçoamento é possível e desejável, í tem grande importancia no direito processual vigente, mas não no direito penal.— Em relação á discriminação concordam no essencial 1 com o texto Merkel, diss., 1.º, 85, Binding, *Normen*, 1.º, 179, 204[^] Hâlschner, 1.º, 85, Rosin, "W V., 2.º, 274, Stooss, *Grundzuge*, l.j 170, também Loock (litteratura indicada no § 28), 210. Tem sido] porém muitas vezes inteiramente contestada por Bekker, HeffteEijP v. Bar, toda distincção entre o injusto criminal e o injusto policial; I a escola do direito natural e também Fouerbâch, v. Wächter e outros, limitava o injusto criminal á offensa de direitos subjectivos e coinpre-hendia no injusto policial a offensa de interesses geraes; outros, como Grolmann, Eöstlin, Seeger, Geyer, consideram a offensa como injusto § criminal, e o facto de pôr em perigo como injusto policial; v. Meyer, * toma para base de sua distincção a maior ou menor importancia da acção, j

(*) Sobre a interessante questão da distincção entre o injusto criminal i e o injusto policial (o crime e a contravenção), notam -se na sciencia allemã j

é licita a lesão de interesses juridicamente protegidos. A doutrina sobre a ilegalidade do crime não é mais do que a exposição das causas que por excepção tiram ao crime o character da ilegalidade. Tal será o assumpto dos paragraphos seguintes. Aqui anteciparemos alguns princípios.

três principaes grupos de opiniões. 1.º — O primeiro grupo, representado *fcot* Becker, Geib, Heffter e recentemente por v. Bar, contesta toda distincção *a priori* entre um e outro. O delicto policial, cuja discriminação tem sido na historia do direito penal positivo tão incerta e variável, é, em ultima analyse, uma acção immoral em gráo diminuto e poi isso punivel com penas leves. Esta distincção porém tem importancia no ponto de vista do direito positivo: como os delictos; policiaes não podem pertencer ao numero d'aquelles que atacam as bases permanentes da coexistência humana e por isso a sua qualificação depende muito mais de circumstancias transitórias e até de meras necessidades e relações locais, com razão a lei separa da parte indispensável e estável do direito penal a parte menos imperiosa, e por assim dizer, fluctuante. 2.º -Um outro grupo de opiniões designa o injusto criminal como offensa do direito e lhe contrapõe o injusto policial como acção punivel, que não constitue uma offensa d'esta natureza. Esta concepção foi desenvolvida sob dois aspectos. A 1ª direcção, que é especialmente representada por Feuerbach e se prende a intuições da escola do direito natural, vê o injusto criminal na offensa do direito subjectivo (do cidadão ou do Estado). Da prohibição de actos que em si não são illegaes, mas que offendem interesses geraes da collectividade, resulta a idéa do injusto policial. A consequência d'esta theoria é a classificação de um grande numero de delictos (por exemplo, todos os da carne, segundo Feuerbach) no injusto policial. A 2ª direcção assignula, como contraposição á offensa do direito, o pôr o direito em perigo, e considera como injusto policial todos os actos que simplesmente o compromettem (Kostlin). 3.º — A nova theoria, que tende a predominar, representada por Merfcel, Hälschner, v. Liszt, Olshausen,

Bosin, vê a differença especifica na offensa do bem jurídico, e este não é idêntico com o direito subjectivo, nem o tem necessariamente por objecto. Por offensa entende-se já a lesão immediata, pela qual o bem é destruído ou soffre diminuição no seu valor, ou o perigo *in concreto*

I.—A ilegalidade do crime subentende-se, não] precisa que a lei expressamente a assignale. Só em] casos especiaes o legislador contempla na qualificação de certos crimes o característico da ilegalidade, (⁵) e por isso mesmo esta circumstancia deve ser expressamente declarada na sentença. A razão

e precisamente determinado pela lei, por exemplo, o perigo «para a vida ou para o corpo, ■ mediante exposição ou abandono de uma pessoa incapaz de valer-se. A's normas que prohibem a offensa e. q perigo *in concreto* contrapõem-se as que prohibem certos actos, porque elles envolvem *in abstracto* a possibilidade de um perigo para certos bens jurídicos. Em taes casos esse perigo possível é o unico motivo j da norma. Os « delictos de lesão » (*Verletzungsdelikte*) e os « delictos de periclitación » (*Gefährdungsielikte*) pertencem ao *injusto criminal*, e os « delictos de desobediência » (*Ungehorsamsdelikte*) ao *injusto policial*. Binding não quer fazer uso da denominação *injusto policial* para designar o contraste em questão, porque a prevenção, que é o caracte-' rístico da idéa de policia não lhe parece adequada para assignalar a differença entre uma e outra categoria de delictos. A isto responde Eosin, que a policia tem a sua essência, não no fim indeterminado da prevenção, e sim na forma jurídica da limitação da liberdade individual a bem do interesse commum, pelo que lhe parece absolutamente justificado designar-se como policial o injusto que, sem lesão de bens juridicos e sem outro característico, apresenta se sob a forma de mera transgressão de preceitos policiaes (Rosin, 1. c).

— O 0. p. ali. não distingue o injusto policial como uma espécie do injusto; as contravenções, de que trata o cap. 24, caracter B somente pelas penas.— A definição dada no art. 8 do nosso Cp corresponde ao conceito do injusto policial, como mero delicto de des- I obediência. Alas o God. não observou a sua própria definição na qua-lificação das contravenções, e tomou afinal para critério da distincção entre crime e contravenção a pouca importancia ou gravidade da infracção, como mostra um simples exame do liv. 3?. N. do trad. |

(») Vôr os arts. 123, 124, 289, 240, 246, 291, 808, 305, 339, 853 a e outros do C. p. (^b)

(^b) Ver, entre outros, os arts. 104, J| 2 e 6, 158, 159, 198, 239 do C. p. N. do trad.

por que o legislador procede de um modo anormal com relação a esses crimes pôde ser encontrada, 1.º em que a respeito d'elles a discriminação entre os casos não illegaes e os casos illegaes offerece incomparavelmente maiores dificuldades do que quiçá no homicidio ou no estupro; 2.º em que a lei imperial confere ao legislador local a attribuição de permittir a pratica de taes acções (jogos de azar, etc, etc).

2.º — Quando é dirimida a illegalidade da acção, não se dá crime, e portanto é idealmente impossivel uma coparticipação punivel em tal acção.

3.º — A acção em si não illegal, em excedendo os limites estrictamente traçados á exclusão excepcional de sua illegalidade, fica sujeita ás regras geraes relativamente a esse excesso, em tanto quanto elle é susceptível de discriminação. A offensa phisica ou o homicidio, resultante do excesso de um poder disciplinar, quer este tenha sido excedido quanto ás condições do seu exercicio, quer quanto ao seu objecto ou a sua extensão, pode como acção dolosa ou culposamente commettida, ser punida conforme as disposições ordinárias do C. p. Sobre a disposição especial concernente ao excesso da legitima defesa, cons. adiante o § 32, III.

4.º — Abstracção feita dos casos excepcionaes a que se refere o numero 1º, a illegalidade da acção deve ser examinada e verificada de um modo rigorosamente objectivo, sem se ter attenção ao erro em que acaso laborasse o agente. Cons. a este respeito adiante o § 40.

III — O reconhecimento do principio que a illegalidade é um dos caracteres da idéa do crime e a comprehensão mais exacta das circumstancias excepcionaes que tiram á acção o character de illegal são a resultado de um lento e ainda não acabado desenvolvimento. O direito romano admitte vários casos especiaes que pertencem a esta categoria, entre

os quaes se destacam a legitima defesa, a extrema necessidade, o direito de matar o ladrão nocturno e o adultero apanhado em flagrante; mas debalde procuraremos ahí uma regra geral. Mesmo a concepção dos casos expressamente mencionados é entre os juristas romanos, no ponto de vista dos principios, completamente vacillante e até ás mais das Tezes positivamente errónea: considera-se excluída, não a illegalidade, mas a punibilidade da acção, porque falta o necessário dolo. O mesmo se dá com o direito da idade media allemã. Ao lado de uma regulamentação cada vez mais minuciosa da legitima defesa nas fontes da idade media ulterior e da individualisação de alguns casos de extrema necessidade, cabe a principal importancia ao direito de matar reconhecido em larga escala. Tal é também o ponto da vista da sciencia italiana da idade media, da Carolina, e do direito commum que sobre ella se construe, comquanto alguns escriptores, como J. F. S. Bohmer, distingam, pelo menos com relação ao homicidio, entre a exclusão da illegalidade e a falta de dolo. Só a legitima defesa é que pelos fins do século passado cessou de vincular-se ao homicidio; foi, como idéa, exactamente definida e collocada na parte geral tanto dos codigos como do systema scientifico. Seguiu-se a extrema necessidade, sem que porém até aqui tenha chegado a uma conclusão satisfactoria. As demais causas de exclusão em sua quasi totalidade esperam que sejam explicadas como idéas. Os legisladores abstém-se de determiná-las, e a sciencia deve confessar que as suas conclusões somente em parte se acham bastante amadurecidas para serem utilizadas pela lei^(d).

^(a) Entre as disposições geraes do *C. crim.* de M. Freire (tit. 2) á se encontram a legitima defesa, a extrema necessidade o varias outras causas geraes que excluem a illegalidade da acção. N. do trad.

O resultado pouco satisfactorio, que nos offerece o desenvolvimento historico da doutrina, reflete-se no C. p. imp. Também este trata a doutrina da illegalidade de um modo que denota falta de lógica na intimidade do systema. A respeito somente de uma acção punível (a injuria, art. 193) enumera uma serie de circumstancias, que aliás excluem a il legalidade não só ahi, senão também geralmente onde occorrem; incluye na qualificação de certos crimes o característico da illegalidade, ao passo que na maior parte das suas qualificações abstem-se de fazer a mesma exigência ; finalmente regulamenta na parte geral a legitima defesa e a extrema necessidade, mas abstem-se de regulamentar outros casos numerosos e importantes, em que é dirimida a illegalidade da acção ou omissão.

1 § 32 — A legitima defesa

LITTERATTJRA. — Levita, *Recht der Notwehr* ; Geyer, *§Lehre von der Notwehr*, 1857; Seeger, diss., 1?, 1858, p. 173 ; Janka, *Der Strafrechtliche Notstand*, 1878; Morand, *§Du âelit nécessaire*, 1889; van Calker, *Z.*, 12?, 443; Dangelmaier, *Militarrechtliche und militärelhische Abhandlungen*, 1892, p. 120 (legitima defesa da honra)— Sobre o direito romano, Pernice, *Labeo*, 29, 21; sobre as fontes da Bamberguense, Brnnnenmeister, 177; vêr também Pfenniger, *Btrafrecht der Schtceiz*, 52 e em outros logares. Sobre appauehos de defeca, Koting, G A, 30? 415; Sommerlad, G S., 39?, 359.

B I. — Em todos os tempos e em todos os povos, a legitima defesa tem sido reconhecida, posto que com maior ou menor amplitude, como acção conforme ao direito, e não simplesmente como acção não punível. Neste sentido tem razão Cicero, quando nos fala de uma «non scripta sed nata lex », ou Geib, quando diz que « a legitima defesa

ISO »

não tem historia ». Um exame mais acurado porém mostra que a legitima defesa encontra no direito escripto a historia, tão notável quanto rica, do seu desenvolvimento. O direito romano nos oíferce, na verdade, numerosos textos, que se occupam com a repulsa violenta da aggressão violenta, mas nota-se que lhe falta a idéa geral da legitima defesa. Também no antigo direito allemão a legitima defesa ainda não se desprendera da vingança e do direito de matar; mas já na idade média ulterior, tanto a sciencia italiana, como a litteratura jurídica popular da Allemanha, os direitos municipaes e as compilações nos ofiferecem uma tão completa e bem acabada exposição da legitima defesa, como não se encontra igual em alguma das demais doutrinas geraes do direito penal. Assim Schwarzenberg pôde, com a precisão e a largueza de um tratado, não somente fixar a idéa da legitima defesa e regular a producção da prova, senão também resolver questões especiaes, como a da legitima defesa contra « uma mulher», e (cingindo-se á l. 45, § 4.º, D, 9, 2) o desvio do golpe no caso de defesa (art. 139 a 140 e 130). Quanto ao mais Schwarzenberg, como toda a idade média, só admite a legitima defesa para a protecção do corpo e da vida e a trata como um caso de homicídio impune. O direito commum allemão vae successivamente extendendo a legitima defesa á i aggressão contra outros bens jurídicos, e especialmente contra o patrimonio e a honra (neste sentido Böhmer, Engau, Kock e outros) e procura fixar; exactamente os caracteres da idéa respectiva. Pelos .] fins do século passado a legitima defesa, que até então costumava-se tratar em relação com o homi- J cidio, desprende-se desta ligação e passou a occupar ₁ o lugar que lhe compete na parte geral do systema. | Foi assim tratada por Olobig e Huster em 1783,¹ Erhard em 1789, Tittmann em 1798. A autoridade

de Feuerbach assegurou o triumpho a esta concepção, que a legislação (com excepção da franceza) adoptou também, depois que o *Landrecht* prussiano, | II, 20, 617, collocára a legitima defesa na intro-duccão dos « crimes particulares ».

II. — Legitima defesa (') (O. p., art. 63). Assim se chama a *defesa necessaria para a repulsa de uma aggressão actual e ittegal, mediante ofensa de interesses jurídicos do aggressor*. I

P 1." — A aggressão deve ser : 2 d) *Ittegal*. Por isso a legitima defesa não é possível contra o funcionario publico, que está exercendo legalmente a sua função ou contra a I pessoa que exerce um poder disciplinar; não é possível contra o acto mesmo da legitima defesa ou contra a acção não il legal praticada em caso de extrema necessidade (ver o § 33, nota 2). A repulsa é porém licita, desde que um excesso converte em illegitimo o ataque em si legítimo, e | consequentemente é também licita, dado um excesso | dá legitima defesa. Aggressões illegaes por parte de pessoas, como o chefe do Estado, o representante do povo, o embaixador (acima § 28), a respeito das quaes militam circunstancias meramente pessoas, que excluem a pena, constituem também o aggredido em estado de legitima defesa. A aggres* são que procede de um animal ou de individuo incapaz de imputação, também a provoca; pois com-quanto tal aggressão não seja delictuosa (illegali-dade culposa), todavia não é licita, isto é, attenta

B (') A expressão *Notwehr* (legitima defesa) encontra-se pela primeira vez, segundo Geyer, no direito municipal de Vienna de 1281, mas em todo caso é mais antiga. Ver também a *paz publica* de 1230: « ... nisi in continenti ad tutelam corpo ris sui vel bonorum suorum vim vi repeliat, quod dicitur *notwehr* ». — O art. 124 do O. p. mil. encerra um» ampliação da idéa de legitima defesa. II% j

contra interesses que o direito protege (illegalidade j objectiva). A opinião contraria deveria limitar a defesa em tal hypothese á repulsa da aggressao contra a pessoa e a vida (C. p., § 54) ⁽²⁾ ^(a). 8i| a aggressao foi ou não prevista, si houve ou não culpa por parte do aggredido, é indifferente, segundo o direito actual ^(b).

(*) Muito controvertido. No sentido do texto entre outros Wahlberg, *Sehriften*, 3.º, 77, v. Buri. G S., 31.º, 471, Göb, G A.& 28, 184, Binding, 1.º, 738, Olshausen, § 68, 6, Hubrich, G S., 46.º, 220, | van Hamel, 1.º, 222, especialmente Sommerlad, G A., 84.º, 829; em sentido contrario a opinião predominante, especialmente Hälsbner, 1.º, 479, Janks, 116, v. Meyer, 831, Schütze, 118, Stammler, *Notstand*, 2.º, Ziebarth, 348. — Merkel, 163, admite a legitima defesa contra os loucos, mas não contra os animaes. H

^(a) Trata-se de saber si, quando a aggressao parte de um animal I ou de um incapaz, o aggredido acha-se em estado de legitima defesa í ou em estado de extrema necessidade, questão que tem importancia I no direito allemão, porque as condições de unia e de outra e o auxilio que pode ser prestado por terceiros não são regulados do mesmo modo em ambos os casos. Binding pronuncia-se, como o autor, a favor da legitima defesa. « Admittindo-se, diz elle, que a aggressao de pessoas incapazes colloca somente em estado de extrema necessidade, chega-se a deploráveis consequências. Si o louco at-icar o seu medico ou o seu I guarda, uma pessoa estranha não poderá vir em soccorro do nggredido;.) si um menino puzer fogo á casa, mas não houver perigo para o corpo] ou a vida de alguém, o proprietário não terá^direito de defesa. Igno-ij rando o atacado si o aggressor está ou não no goso do suas faculdades mentaes, deverá informar-se primeiramente para então, cousa *cogniia*,^ fugir ou resistir. Estes absurdos não encontram o mínimo funda», mento no antigo nem no direito actual.» Merkel (Compendio, p. 163 segue uma opinião média, admittindo a legitima defesa contra o inca-" paz, « mas não contra o cão, salvo ú fôr aculado.» O art. 32, J le 2.º*, do nosso C. p. pôde suscitar as mesmas duvidas. N. do trad.

^(b) O facto de dar o aggredido causa (dolosa ou culposamente) á aggressao não exclue a illegalidade desta, segundo a doutrina cor rente fundada no silencio do O. p. allemão. Dahi resulta que cabe

b) *Actual*, isto é, a aggressão deve estar imminente ou já ter começado. Não é pois necessário aguardar o começo da aggressão ⁽³⁾, bem como pôde ser repellido a aggressão já começada, enquanto continua.

A legitima defesa não é, pelo contrario, admissível :

I
a) contra uma aggressão futura. Medidas de protecção contra ofensas futuras, como estrepes, armas automáticas, armadilhas, etc, são licitas, uma vez que funcionem somente no momento do ataque, e não excedam (o que ás mais das vezes succederá) os limites da defesa necessaria ⁽⁴⁾. b) Contra a aggressão finda, isto é, logo que, segundo as disposições do direito vigente, dá-se a consumação do crime. Como o furto se consuma, não com a apprehensão, mas com a cessação da custodia da coisa, é licita a legitima defesa contra o ladrão que foge, enquanto a custodia da coisa por parte do ofendido não cessou de todo ⁽⁵⁾ ^(c).

p direito de legitima defesa também áquelle que provocou a aggressão na intenção de matar o aggressor. Olshausen, § 53, 7. O nosso C. p. art. 34 n. 4, é nesta parte mais previdente. N. do trad.

(*) Não é necessaria a *Ictio inchoata*. Art. 140 da Carolina: «também não é obrigado a esperar o golpe para então resistir». [A Bamberguense auctoritatis (seguindo a Azo): «como as pessoas não avisadas supõem.»]

(*) O C. p, art. 367, n. 8, commina penas próprias da contravenção contra a collocação de armas automáticas, etc. (nos logares públicos ou habitados).

⁽⁶⁾ Si a custodia cessou, pode ser permitido o desforço (adiante K 84, II, 1). Divergem com a maior parte dos escriptores Lammasch, lo Trib. do Imp., Herzog e outros (Olshausen, g 63, 9) que, apezar da redacção da lei vigente, consideram a aggressão como continuada até que se produza o « mal do delicto ».

(*) A mesma doutrina é seguida por Hälschner (a legitima defesa tem o seu limite não no crime consumado, mas no damno consu-

c) Deve attentar contra um bem jurídico qual-quer, isto é, contra um interesse juridicamente protegido. A lei não distingue entre os bens jurídicos.] A legitima defesa é. tão admissível para a protecção da honra, do sentimento moral ou religioso, dos di- reitos políticos, como contra o crime de moeda falsa, o de traição ao paiz, etc. ^(d)

2.º — A defesa:

a) deve ser dirigida contra o aggressor mesmo,) e não contra terceira pessoa; a offensa dolosa ou culposamente feita a terceiros a titulo de defesa só

mado, 1.º, 479), Binding femquanto subsiste o perigo de que, no furto, a cousa seja definitivamente subtrahida ao poder do dono, o, ataque é actual e licita a legitima defesa, 1.º, 746) e Merkel (em certas circumstancias o ataque pôde parecer continuado, quando já o. crime consumou-se, como no furto o ataque contra a propriedade alheia. ..Quando a victima do furto persegue immediatamente o ladrão depois da consumação do furto e toma-lhe violentamente a cousa fur tada, o seu acto é justificado pela legitima defesa ; pois, comquanto o furto já estivesse consumado, o ataque contra a propriedade não per tence ao passado, emquanto o ladrão não põe a cousa furtada em segurança — p. 163). Sem prolongar a defesa além da consumação do crime, o autor chega ao mesmo resultado, pelo menos quanto ao furto, porque, fundando-se na definição legal d'este, não o considera consu- j mado pela apprehensão, mas pela definitiva subtracção da cousa á custodia ou guarda do dono. N. do trad. J

i^d) A. opinião commum dos criminalistas ali em «es é q»tA a legitima defesa cabe contra todo ataque á pessoa, á vida, á honra e ao patrimonio, e que por ataque se entende toda invasão na espbera jurídica de outrem. Olshaeen, g 63, 5. «A legitima defesa, diz] Binding, serve para proteger todos os sujeitos de direitos e todos os bens jurídicos». Elle a admite por parte de particulares contra espiões inimigos (art. 80, n. 5 do C. p. ali.), contra quem trae segredos do Estado (art. 92, n. 1), contra a mãe que tenta abortar (art. 218) etc. Com esta amplitude, «não está longe o perigo de que do direito da] legitima defesa derive um direito geral de impedir o crime». *Bandb.*, § p. 787 e nota 22. N. do trad.

pôde ficar impune, como acto de extrema necessidade⁽⁶⁾ ^(e).

b) não pôde exceder os limites da repulsa absolutamente necessaria. A medida da repulsa ou a « defesa necessaria » (*modercumen incalpatce twtelcej* é dada pela violência da aggressão. Si não fôr possível repellir a aggressão por outra forma, o mais insignificante bem jurídico pôde ser protegido com a morte dada ao aggressor. A possibilidade de uma fuga vergonhosa ou perigosa não exclue a legalidade da defesa; mas a defesa deixa de ser legal, si é possível escapar á aggressão sem ignominia ou sem perigo⁽⁷⁾).

⁽⁸⁾ Assim a perturbação do culto communul não é mais defesa da honra contra o ecclesiastico. Van Calker, pelo contrario, considera o acto de defesa, isto é, o acto dirigido contra o aggressor como legitima defesa, ainda quando offenda a terceiros, mas elle mesmo reconhece a p. 472 quanto é arriscada a sua opinião. JBanke defende a boa doutrina no seu escripto (aliás quanto ao mais completamente Confuso): *Die Zulässigkeit der Notwehr gegenüber beleidigenden Aeusserungen seitens des Geistlichen während des Ooitedienstes*, 1894 ^(d). E| ^(") A defesa não pode offender direitos de terceiros ou da connectividade ; quando isto aconteça, têm applicação as regras geraes, e portanto só se deve admittir a impunidade, dando-se um caso de extrema necessidade. O Trib. do Imp., porém, em uma dec. de 24 de Nov. de 1890, afastou-se d'esta doutrina, considerando irrelevante a circumstancia de ter o o (Tendido perturbado com os seus gritos a attenção da assembléa parochial- Ver Olsbausen, g 63, 12. N, do trad.

^(') Ver o art. 140 da Carolina. Eguamente (no essencial) a dec. do Trib. do Imp. de 18 de Maio de 87, 16.º, 69, que está de accôrdo com a praxe prussiana. E' inteiramente arbitraria a asserção de Banke, 32, segundo a qual nas aggressões que evidentemente não se dirigem de um modo intencional e publico contra a ordem jurídica, não se possa dar uma grande desproporção entre o bem jurídico atacado e o offendido (pela defesa). Contra a illimitada admissão do direito de f legitima defesa se pronunciam Gever, 1.º, 82, Getz na justificação do

c) A legítima defesa é não somente permitida para a protecção de bens próprios, senão também) como socorro prestado em caso de necessidade para a protecção de bens alheios. A limitação da legítima defesa ao caso em que o ameaçado é um parente (como no caso de extrema necessidade, adiante] | 33) não se encontra no nosso direito.

MI. — Logo que são excedidos os limites da defesa necessária, o excesso, como acção ilegal, fica sujeito às regras geraes. Mas, segundo o art. 53,; 3.º ai. do C. p., o agredido não é punível, quando, por *perturbação, medo ou terror*, exceder os limites da legítima defesa. Neste caso dá-se, na verdade, uma acção em si punível, mas dá-se também ao mesmo tempo uma causa ou circunstancia pessoal j de exclusão de pena (*). Esta isenção não pode ser ampliada a outras causas de excesso na defesa§ que a lei não contempla, e nomeadamente às chamadas « emoções positivas ou esthenicas » não mencionadas, como a cólera, o amor para com a pessoa agredida em um caso de socorro etc.

projecto norueguense, Lammnscli, Q S. 44, 191, Stooss, *Grundzüge*, 1.º, 256, Morituil. *Dilii necessaire*, 800 e outros (¹).

(¹) Como deve-se apreciar a relação entre o ataque e a repulsa, • de um modo objectivo ou segundo a concepção subjectiva do agredido? A opinião commum pronunola-se pela primeira solução (Ols-hausen, ti. 11), e pela segunda Binding (o legislador..deve considerar. : a defesa como necessaria, em tanto quanto o individuo a aprecia j como homem criterioso), Berner (cada um tem o direito de defender-se conforme a medida de sua individualidade), v. Wächter (o momento do perigo deve ser apreciado completamente do ponto de vista de quem se achava sob a pressão d'elle) e outros. Considera-se geralmente, porém, indiffrente que a defesa necessaria para a repulsa do ataque esteja ou não em relação com o bem defendido. « A extensão do direito de defesa é independente do valor do bem atacado ». (Binding). N. do trad. S

(²) Sobre o erro concernente i ilegalidade da aggressão ver adiante o § 40, nota 7.

M



§ 33. — A extrema necessidade

LITTEKATUBA. — Geyer, *Opúsculos*, 297; Stammer, §*Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung der Notstände*, 1878; Janka, *Der strafrechtliche Wotstand*, 1878; Simonson, §Z., 59, 367 (o caso Mignonette) e Z., 59, 650; Göb., GA., 28, 183; Pernice, *Labeo*, 29, 16; Tahr, *Der Notstand im Zi-§ vilrecht*, 1888; Morand, *Du Délit nécessaire et de Vétat de nécessité*, 1889.

O desenvolvimento da idéa da extrema necessidade tem permanecido até o presente aquém do desenvolvimento da legitima defesa. O direito romano contempla alguns casos (*lez Rhodia* e outros) ^(f); as fontes allemães mencionam as necessidades do peregrino ^(b) e da mulher grávida, o pequeno furto de viveres e outros casos (*Espelho da Saxonia*, 2.º, 68); e o direito canónico, apesar da apparente generalidade dos seus preceitos (*necessitas non habet legem*), não foi além de disposições especiaes e incompletas. A Carolina, art. 166, tratando do «furto commet-tido em caso de real penúria por quem foi impel-lido pela fome a furtar algum mantimento para sal-var-se ou para salvar sua mulher ou seus filhos », manda consultar os jurisperitos (ver também o art. 175).

O direito *commum*, apesar de ter muitas vezes tentado generalisar a idéa, adiantou tão pouco a questão quanto a legislação nos fins do século passado e no começo do século actual. O *Landrecht*

(*) Ver os interessantes textos do direito romano: 1. 7, § 4.º, D. 48, 24, 1. 3, § 7.º, 47, 9, 1. 49, g 1.º, 92, 1. 14, pr., 19, 6, 1. 1, 48, 21, 1. 2, Cod., 9, 16. N. do trad.

(b) Em Portugal uma lei de D. Affonso III de 1251 autorizava o caminhante a tomar por força nos logares ermos o necessário para a conservação da vida, não o podendo haver por outro modo. M. Freire a reproduzio no § 18 do tit. 2.º do seu *Cod. Grim*. N. do trad. /4*Y

prussiano, art. 1115, dispunha ainda que, si alguém, furtasse alguma coisa para salvar a si ou a outrem de um perigo imminente concernente á pessoa ou á vida, o juiz levasse o caso ao conhecimento do go«| verno afim de ser o agente agraciado. O Cod. penal francez de 1810, art. 64, e o Cod. prussiano de 1815 só mencionam o constrangimento psychico resultante da ameaça; o cod. bavaro de 1861 os imitou. O C. p. imp., além do *constrangimento*, admittio á] *extrema necessidade* propriamente dita, mas partio a unidade da idéa, tratando duas subdivisões de uJ modo essencialmente diverso. O cod. hollandez, art. 40, e o projecto russo, bem como o norueguense/[abriram um novo caminho, com restabelecerem a] unidade da idéa, ao que o ultimo accrescentou a distincção, digna de attenção, entre a salvação da vida e a de outros bens. É' notável a redacção do projecto austriaco : « a lei penal não tem applicação a actos praticados em uma situação de extrema necessidade que de outra forma não possa ser remediada, tendo o agente por fim afastar de si ou de outrem um damno imminente e *fora de -proporção* que ameaçasse o corpo, a *liberdade* ou os *bens* » (^a). Debalde procuramos tanto na sciencia como na legislação a idéa em questão desenvolvida com pre-t cisão e de um modo correspondente ás necessidades do direito. Depois que foi abandonada a intuição

(•) Mais completa nos parece a formula do projecto do codjj suisso (art. 16): «aquelle que, para livrar-se ou para livrar outren de um perigo imminente, que não possa ser evitado de outro modol ameace a vida, a integridade do corpo, a liberdade, a honra, a pr priedade ou algum outro bem, praticar um acto qualificado pela W penal, não incorrerá em pena, si cumprio um dever ou *cedeu ao iw*i tincto de conservação, ou si o valor do bem salvo era muito superior app do bem sacrificado*. Nos outros casos, o juiz poderá atenuar livj mente a pena. N. do trad.

da escola antiga do direito natural, segundo a qual no estado de necessidade a ordem jurídica mesma parece suspensa (neste sentido Grocio, Pufendorf, Wolff, Fichte, Grolmann, v. Wächter), veio a predominar na ciência e na legislação a doutrina de Kant, seguida por Feuerbach, e por numerosos juristas italianos e franceses, e ainda presentemente [representada por alguns escriptores allemães (*), de [que o constrangimento irresistível causado pela extrema necessidade exclue a imputabilidade. Actualmente esta doutrina pode ser considerada como geralmente abandonada; mas também a idéa de um direito de necessidade, tal como é sustentada especialmente pelos hegelianos Köstlin, Hälschner, Berner, e ainda por Binding, v. Meyer e outros, não pode ser mantida sem uma exacta discriminação de casos.

A verdadeira concepção deve partir desta consideração : é da essência da extrema necessidade o conflito de interesses lícitos, cada um dos quaes só pode ser conservado á custa do outro. Si ao interesse posto em perigo é sacrificado um interesse de igual valor (vida contra vida), falta ao direito, de um lado, o poder e, do outro, a ensancha para intervir, infligindo e executando penas. O legislador não proíbe a acção que não quer punir; limita-se aqui, como em outros casos, a ter em conta os factos ptoiera o que não pode mudar, e regula o que deve tolerar. Não confere ao individuo que corre perigo um direito de necessidade, mas deixa-lhe o campo livre. Deve pelo contrario ser considerada como conforme ao direito a conservação do interesse de maior valor á custa do interesse menos valioso

(i} Especialmente por Geyer, 1.º, 106. Semelhantemente Lõning, 25, Birkmeyer, *Kausalität*, nota 118, Ziebarth, 841. Em sentido contrario, Binding, 1, 174. § 54

(vida contra fortuna), e como ilegal e punível o caso inverso. Mas, enquanto o direito vigente não sancionar esta distincção, a sciencia é forçada a formar uma concepção uniforme a respeito dos casos de extrema necessidade.

II.—Segundo o direito em vigor, a *extrema necessidade* ou o *estado de neceseidade* é a *situação de perigo actual para a vida ou para a integridade do corpo que somente pode ser removida pela lesão de interesses lícitos de outrem*, pouco importando que essa situação tenha sido produzida por forças naturais ou por acto de terceiro. O *acto* de extrema necessidade apresenta-se, pois, como salvaguarda de interesses próprios postos em perigo immediato com lesar interesses lícitos de outrem, e só se distingue da idéa mais ampla da legitima defesa («fora dos casos de legitima defesa», art. 54 do C. p.) em que não se dirige contra um aggressor injusto (acima § 32, nota ⁶) (^b).

(^b) Confrontado com a definição do autor, o conceito do nosso O. p. a respeito da extrema necessidade é, por um lado, muito estreito, e, por outro, muito largo. É estreito, em tanto quanto só isenta de pena o que pratica o crime *para evitar mal maior*. Incorre, portanto, em pena o que praticar o crime para evitar *mal igual*, o que, por exemplo, sacrificar a vida de outrem para salvar a própria (e fica assim fora do estado de extrema necessidade o caso typicus, «*ísi-s-O rnaia imperioso!»). É muito amplo, porque a formula dada pela lei comprehende, como extrema necessidade, não só a situação que resulte do conflicto entre interesses lícitos de diversas pessoas, como a que resulte do conflicto entre interesses lícitos e deveres jurídicos ou somente entre deveres jurídicos do mesmo individuo. O carcereiro que, ameaçado de morte, entrega aos presos as chaves da prisão para salvar a vida, o individuo que deixa de cumprir um dever, cuja violação constitua um crime, para poder cumprir um dever superior, *praticam crime* para evitar mal maior*. Nesta parte o C. p. aproxima-se da idéa de Binding, que assim define a extrema necessidade: • a situação em que se acha

Exemplos: para buscar a agua com que apaguem o incendio, os interessados precipitam-se para o rio através de um campo semeado. O postilhão atacado por salteadores entrega-lhes a mala. Dois indivíduos sobem a montanha ligados por uma corda; um delles despenha-se, e fica suspenso sobre o abys-mo pela corda, o outro a corta, por não poder por mais tempo sustentar o companheiro. P O legislador declara isento de pena o acto determinado por extrema necessidade. Certo, não se pôde ver nessa declaração a concessão de um direito de necessidade; mas, por outro lado, a supposição de que o acto, comquanto impune, seja prohibido e por isso mesmo illegal, não tem apoio na lei, e é Indubitavelmente falsa nos casos em que a vida de i um homem pôde ser salva á custa de insignificante damno em bens alheios. Como, em face do direito vigente, não podemos deixar de conceber de um Imodo uniforme a extrema necessidade, devemos J consideral-a como um daquelles casos em que a ordem Wjurídica nem permite nem prohibe, mas, cõnschia de [sua impotência, abstem-se de intervir. D'ahi resulta [forçosamente a classificação da extrema necessidade entre as circumstancias que excluem não somente

todo aquelle que somente por uma acção prohibida pode salvar um bem jnndioo posto em -perigo ou tornar possível o preenchimento de um dever juridico. » (*Handb.* 1.º, p. 759). — O art. 26, n. III, do proj. braz. limita-se a reproduzir o art. 54 do C. p. da Allemanha, aliás geralmente reconhecido como insufficiente pelos criminalistas allemães, pois só tem em conta o perigo para a vida ou para a integridade do cjrpo, desprezando assim todo perigo a que fique exposta a liberdade, a honra ou o patrimonio. Além disto, o proj. aggrava os defeitos do I n odio, não imitando-o na disposição referente aos parentes. Consequen- I temente o pae que soccorrer o filho, ou o filho que soccorrer o pae, ou . o marido á mulher em um caso de extrema necessidade, fica sujeito ás p penas da lei. N. do trad. §S*£

a punibilidade, senão também a ilegalidade da acção] ou omissão ⁽²⁾. Segue-se mais que o acto praticado por extrema necessidade não é nunca uma *itggressffoj* ilegal, e que, portanto, não pôde provocar a legítima defesa (acima, p. 119), comquanto possa em] todo caso constituir a pessoa a quem ameaça em uma segunda situação de extrema necessidade. Assim fica também estabelecida a impossibilidade de cumplicidade punível em um acto de extrema necessidade, já que a lei não o proíbe, ao passo que não é legal o socorro ou auxílio independente prestado ao necessitado (adiante, III, 3) ^(c).

(*) A questão é muito controvertida. No sentido do texto Stamm-ler, 79, Göb, 185, Moriand, 273. Em contrario Binding, 1.º, 766, Geyer, 1.º, 1, Hälschner, 1.º, 492, Janka, 123, v. Meyer, 846, Olshausen, § 54, 8, Birkmeyer, *Teilnahme*, 157, van Calker, *Befehl*, 18, e especialmente o projecto do Cod. civil e os motivos do projecto suíço. — O aggre-dido pela pessoa em perigo não se acha, pois, em estado de legítima defesa, mas em estado de necessidade. E' muito obscura a decisão do Trib. do Imp. de 5 de Maio de 92, 28, 116, que parece admittir um direito especial de *resistência*, quando o damno que ameaça a terceiro é incomparavelmente maior.

(c) A doutrina geralmente aceita, defendida por Berner, Geyer, Hälschner, v. Wächter, Binding, Olshausen, contesta que do art. 64 do O. p. ali. derive um direito de extrema necessidade, e só reconhece a existência de um direito desta natureza em casos excepcionaes e *ex vi* de outras disposições de lei. Segundo Binding, a offensa praticada por extrema necessidade não é um acto conforme ao direito, mas um acto simplesmente não prohibido; a extrema necessidade não passa de uma circumstancia pessoal que apenas exolue a punição. A extrema necessi» dade, diz "Olshausen, contrasta com a legítima defesa, pois, ao passo que esta defende o direito, repellindo uma aggressão injusta, não se dá naquella uma tal contraposição entre o direito e o injusto. Quem t»§ tira de uma situação de extrema necessidade, longe de repellir uma aggressão injusta, offende um direito estranho. Não ha, pois, um direito de extrema necessidade. Desta doutrina resulta ser admissível a legítima defesa contra o acto de extrema necessidade, bem como a possibilidade

III. — O direito vigente. |' 1.º — O Cp. imp. distingue, como já notámos, o constrangimento e a extrema necessidade. Do constrangimento trata o ai. 1.º do art. 52: « A acção não é punível, quando o agente foi coagido por uma violência irresistível (³) ou por uma ameaça acompanhada de perigo actual para o seu | corpo ou a sua vida, ou para o corpo ou a vida de [um parente, si o perigo não podia ser desviado de loutro modo. >

O art. 54 define a extrema necessidade propriamente dita nestes termos:

« A acção não é punível, quando o agente, fora do caso da legitima defesa (devemos accrescentar *e do constrangimento*), mas em estado de necessidade a que não deu causa e que de outro modo não podia desviar, a praticou para salvar o seu corpo ou a sua [vida, ou o corpo ou a vida de um parente ».

2.º — Em um e outro caso a lei exige perigo [actual para o corpo ou para a vida, que não possa [ser desviado de outro modo. Não admite, pois, a

de cumplicidade punirei. — v. Liszt, porém, comquanto reconheça I que do art. 64 não deriva propriamente um direito de extrema neces-t sidade, entende que não deixa por isso de ser *legal o acto* respectivo,

quando praticado pela própria pessoa posta em perigo ou por seus | parentes. D'ahi deduz duas consequências: 1.º a intervenção de um I, terceiro é punível, si for uma acção independente e não um mero acto [de cumplicidade na lesão do bem alheio por parte do coagido (ou dos seus parentes); 2.º 2ião é licita a legitima defesa contra a pratica de [tal acto, mas a pessoa contra a qual elle se dirige pôde ficar, por sua [vez, constituída em um novo estado de necessidade. N. do trad.

K (') Sobre a idéa de violência e de ameaça cons. a parte especial. [A violência é *irresistível*, quando, suplantando toda resistência, actua imediatamente sobre os músculos, de sorte que não se pôde falar em *acção* do violentado (acima, § 27, IV); mas, em rigor, fica também K*xcluida a admissão de um estado de necessidade. (57

extrema necessidade, quando são outros os bens jurídicos que correm perigo, como, por exemplo, a liberdade individual, a honra da mulher, os mais importantes interesses políticos (cujo compromisso certamente importa mais do que uma insignificante offensa physica), salvo si a aggressão puder ser considerada como dirigida simultaneamente contra a integridade do corpo (*). §

3.º — Ao contrario do que dispõe a respeito da legitima defesa, a lei só equipara á própria salvação a salvação do próximo parente, como auxilio (⁵).

(*) Ver também o art. 313 do O. p., bem como o art. 130 do C. p. mil. e com. Hecker, 250. Muito mais longe vão as disposições do God. commercial (arts, 702 e 708 sobre a avaria grossa), a lei sobre gente do mar (art. 76), o art. 19 da lei postal de 28 de Outubro de 1871, bem como o art. 9 da lei de 19 de Maio de 1874 sobre naufragios. Como abi é expressamente excluída a illegalidade da offensa, está fora de questão a sua não punibilidade, sem embargo dos arts. 52 e 64 do C. p. Em contrario especialmente Merkel, 167, Z., 6.º, 504, Sommerlad, GA., 84, 357. De accordo Stammler, 64, Binding, 19, 770, v. Meyer, 342, Ol.-bausen, § 54, 10, Morand, 247. — Casos segundo o direito estadual: atravessar terrenos em razão do mão caminho, cortar madeira para concerto da roda que se partio, etc. (Ziebart, 349, Seuffert] C. p., 1.º, 24). — O art. 2, al. 2 do tratado de 14 de Maio de 1884 sobre o cabo submarino (acima p. 86) dispõe: «não se comprehendem nas comminações penaes os casos em que os agentes visavam somente o fim justo de proteger a própria vida ou a segurança de sua embarcação, depois de tomadas todas as precauções para evitarem que o cabo se partisse ou soffresse damno ». Mas esta disposição ainda não foi aceite até o presente pela legislação allemã.

(*) O art. 55, al. 2.º do C. p. explica o que se deve entender por parente, e essa intelligencia prevalece em todo o campo do direito penal: « consideramse parentes no sentido deste código os parentes e affins da linha ascendente e descendente, os pais e filhos adoptivos ou de criação, os cônjuges, os irmãos e irmãs e seus cônjuges, e os noivos ». Parentes são as pessoas que descendem do mesmo tronco. Affins são, de um lado, um dos cônjuges, e, do outro lado, os parentes do outro cônjuge; A

4.º — A extrema necessidade propriamente dita (art. 54 do C. p.) não pôde ser devida á culpa, e o é, quando a pessoa posta em perigo previra ou (devera prever* que, em tal situação, só poderia salvar] os seus interesses á custa de interesses alheios. A culpa deve, pois, ser entendida com referencia ao acto determinado pela extrema necessidade. Também com relação ao auxilio o que regula é somente a culpa da pessoa em perigo.

5.º — A defesa fundada na extrema necessidade não aproveita, em certos casos, a pessoas, cuja procissão exige uma firmeza superior á do com mu m dos homens no afrontar perigos relativos ao corpo ou á vida; pertencem a esta categoria o soldado (0- p. mil., art. 43, ai. 1.^a, ver também os §§ 84 a 88), o marinheiro (lei de 1872 sobre os homens do mar, art. 32) e o mesmo se deve dizer dos empregados da policia de segurança, e dos indivíduos que fazem parte de um corpo de bombeiros, etc.

morte não extingue o parentesco por afinidade, mas extingue-o o divorcio com dissolução do vinculo conjugal. A adopção, como relação nuridica, aprecia se segundo o direito estadual.. Si se dá, porém, uma relação permanente, resultante de fins concernentes á educação, entre pães e filhos de criação, determina-se segundo as circumstancias do caso. Os exponsaes são a promessa reciproca e geria de casamento, com-buanto não obrigatória (*). — A limitação mencionada no texto, objecto da censura unanime da Jitteratura, não se encontra na maior parte dos novos codigos estrangeiros.

(^d); Segundo o rigor do direito, diz Olshausen, a dissolução do [vinculo conjugal põe termo também ao parentesco por affiuidade; mas entende-se que no art. 63 o legislador empregou a linguagem commum, [tendo em attenção que, na vida ordinária, só se considera como subsistente a affinidade, quando o casamento é dissolvido por morte, e não tpop sentença. — Paes de criação (*Pflegeeltern*) são as pessoas que se Incumbem da criação e educação de filhos de outrem. Entre pães e filhos de criação não se dá parentesco, mas uma relação moral e intima, cuja ermanencia se aprecia conforme as circumstancias. N. do trad. (»A

§ 34 — Os demais casos em que é excluída a ilegalidade

LITTEBATUEA.— Ao n. I, Hecker, 89 ; van Calker, *Das Recht des Militärs zum administrativen, Waffengebrauch*, 1888; o mesmo, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Sanctionen, insbesondere nach Militärstrafrecht*, 1891; Dangelmaier, *Militärrechtliche und militärische Abhandlungen*, 1892, p. 16 e 76; Krohne, 335 (uso de arma por parte dos empregados de uma prisão).—Ao n. II, 1.º Kulemann, Z, 11.º, 329 ; Lauterburg, *Revue de droit pénal suisse*, 1.º, 97, 2.º, 153; G. Meyer, W V, 2.º, 848; Bäcking, *Strafrechtliche Bedeutung der Selbsthilfe*, diss., 1893. —Ao n. II, 2, v. Liszt, H R., *Ordnungsstrafe*; Finger, *Das Zuchtungsrecht und dessen Missbrauch*, 1888; Kessler, G S., 41.º, 161 e contrae Stenglein, G S., 42.º, I; Ortoflf, *Die Ueberschreitung des Zuchtungsrechts*, 1891; Kubrich, G S., 46.º, 161. Ao n. III, Eotering, G A., 30.º, 179; Heiraberger, *Ueber die Strafflosigkeit der Perforation*, diss., 1889 ; Oppenheim, *Das ärztliche Recht zum körperlichen Eingriff an Kranken und Gesunden*, 1892.—Ao n. IV, Kessler, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1884; o mesmo, G S., 38.º, 531; Bödenbeok, *Zweikampf*, 1883; o mesmo, G S., 37.º, 124 ; Ulmann, G S., 37.º, 529 ; Breithaup, *Volensmum fit injuria*, 1891; Hess, *Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts*, 1892.

Neste lugar podemos apenas mencionar os mais importantes casos em que, *ex vi* de um preceito expresso ou tácito, deve-se considerar excluída a ilegalidade da acção. No estado actual da legislação e da sciencia uma tal discriminação offerece quasi sempre graves difficuldades, e só com prudente reserva podem-se firmar princípios geraes.

I. — O *dever* resultante do *cargo* (e do *serviço* militar) exclue dentro dos respectivos limites a il-legalidade da acção. Considerem-se a execução for- j cada em toda sua applicabilidade, as buscas, as ap-prehensões de cousas e de pessoas, a execução jdas | penas impostas por sentença que passaram em jul- j gado, a attribuição de fazer emprego das armas conferida aos guardas, aos empregados postaes, adua-

neiros e fiscaes pelo direito estadual (lei prussiana de 20 de Março de 1877) e não regulada pelo direito imperial, o art. 134 do C. p. mil. etc.

A *ardem do superior* ao inferior exclue a illegalidade do acto que é executado em virtude delia, quando o direito reconhece a força incondicionalmente obrigatória da ordem dada (*), pois em tal caso o inferior obra por força do dever do cargo ou do serviço militar; mas quem dá a ordem pode ser punido como autor mediato (adiante, § 50, II) (*). I II. — A acção não é illegal, quando praticada em virtude de uma *autorisação* especial e dentro dos respectivos limites. A esta categoria pertencem casos muito diversos.

W- Mencionaremos os seguintes :
k 1? — O facto de *fazer justiça a si mesmo* sob todas as suas formas (e especialmente a penhora por autoridade própria), quando o direito civil o permite, quer se trate de evitar a ameaça de um perigo, quer do restabelecimento de um estado de cousas que foi perturbado, quer da segurança ou execução de uma pretensão ⁽²⁾ (").

⁽¹⁾ Em parte é este o caso do art. 47 do O. p. mil. e dos arts. 30 e 82 da lei sobre gente do mar. Cons. a Theresina, art. 11, § 8 e o cod. bavaro de 1751, 1.º, I, g 32. Vau Calker, *Befehl*, 10, apenas adiu itte aqui, como no direito profissional, uma *circumstancia pessoal que exclue a culpa* (adiante, g 43, II), visto como a autorisação não é. concedida a todos, mas somente a certas pessoas. Assim elle considera o que dá a ordem como instigador de um acto isento de pena.

(*) Entre as disposições geraes do O. Crim, de M. Freire, { 14, figura a seguinte : «todo o facto commettido em execução e obediência das nossas leis, ou reaes ordens ou dos nossos magistrados, não só *excusa*, mas *justifica* o seu autor». N. do trad.

(²) Permittido pelo direito commum, havendo perigo de damno irreparável.

9 ^(b) E' a *Selbsthilfe*. Ver os arts. 223 a 226 do projecto do O. civ. £ allemão. N. do trad.. -tS"^^

2º — O exercício do poder correccional e disciplinar.

Cumpra notar que o exercício deste direito pôde ser transferido permanente ou transitoriamente por quem d'elle está investido a terceiros (pelos pais á aia), bem como que em muitos casos (correção de um menino travesso pelo transeunte molestado) se pôde presumir a annuência da pessoa autorizada. Si falta a authorisação, a correção é illegal e punível⁽³⁾.

3º — Sejam também lembrados o direito sobre salvados, segundo a lei concernente a naufrágios, art. 4º e seg., o direito de esbulho e o de presas, a detenção provisória do delinquente sorprendido em flagrante ou enquanto foge (C. do proc. p., art 127
•to.) o.

(•) A este respeito Kulemnnn, 342, que chama a attenção para as consequências intoleráveis deste principio e pede seja modificada a legislação.—Com extensão e objectos diversos o poder disciplinar compete o) aos pais sobre os filhos; 6) ao mestre sobre os discipulos ; c) ao patrão sobre o aprendiz (lei sobre a industria, art. 127); d) segundo alguns direitos estaduaes (como o bavaro e o prussiano), ao marido sobre a mu^j lher; e) ao capitão de navio sobre a tripolacão (lei sobre gente do. mar, art. 79, ai. 1.º até 4.º, ver adiante o § 96) ; f) ao patrão sobre o creado; g) á egreja sobre seus fieis (lei prussiana de 12 de Maio de 1873); k) ás sociedades e associações sobre seus membros ; i) aos superiores ou chefes sobre seus subordinados; j) aos órgãos do Estado sobre os serventuários deste (lei de 31 de Outubro de 1872 sobre as penas disciplinares no exercito allemão, lei de 28 de Novembro de 1872 sobre as penas disciplinares na marinha imperial, lei de 21 de Março de 1873 sobre funcio-j narios públicos).

(*) A esta categoria pertence também o direito do marido de matar o adúltero em flagrante, direito que, reconhecido expressamente nó art. 121 da Carolina, ainda tinha certa importancia pelos fins do século XVULJ pelo menos nos tratados (°). O *Landreeht* prussiano de 1721 ainda dava ao pae o direito de matar a filha impudica e o seu seductor.

(°) Direito também reconhecido nos três cods. da monarchia por-tugueza (1. 5 da Ord. Aff., t. 18, Man., t. 16, Phil., t. 38). N. d'o trad.

III. — O direito, — resultante de uma profissão legalmente reconhecida de praticar os actos que, segundo as regras da arte ou da sciencia respectiva, se fazem necessarios em caso dado—produz o mesmo effeito. E' sob este ponto de vista, e consequentemente é de accordo com as intuições do competente corpo medico, que devem ser apreciadas as operações cirúrgicas em geral, as do dentista ou do pedicuro, e especialmente a muito discutida questão da *perfuração* (desmembramento do feto no seio materno). Mas é justamente a respeito destes casos, que urge seja a autorização definida pela lei. É sobretudo duvidoso, si o medico pôde, e em que condições lhe é licito proceder sem o consentimento do enfermo (ou quiçá dos seus parentes) (°). Também como exercicio da profissão legalmente reconhecida apresenta-se a investigação feita em animal vivo para fins scientificos, especialmante a *viviseção*, a circum-cisão dos judeus e outros casos. W IV. — A offensa de um bem jurídico com o consentimento do offendido só exclue a illegalidade do acto, quando e até onde o direito publico per-mitte a disposição de tal bem, e o titular, são de [espírito, delle dispõe seriamente. Entende-se que a ordem jurídica nega o poder de dispor, quando liga ao bem em questão uma importancia que vae além da pessoa do respectivo titular. Si tal é o pensamento do legislador, infere-se das relações das disposições legais no seu conjunto, e não simplesmente das qualificações dos factos criminosos. Será inteiramente falho, sem se ter na mais accurada attenção o di-

(°) Oppenheim contesta o direito profissional e pronuncia-se pelo I. reconhecimento, segundo o direito costumeiro, dos actos praticados sob certas condições para fins concernentes á medicina. Mas elle basea a averiguação dessas condições sobre a pratica dos médicos circumspectos. Ora isto é o direito de profissão no sentido do texto. i. (j) Q

reito vigente, pretender estabelecer nesta parte princípios geraes ou admittir pontos de vista do direito) civil ⁽⁶⁾.

V. — A offensa feita pelo próprio titular do bem devera ser julgada segundo os mesmos princípios que se applicam á offensa praticada por um terceiro com o consentimento do offendido; pois em um e outro] caso o que está em questão é o valor jurídico da disposição do bem por parte de quem o tem. Mas] a lei, guiando-se por considerações accessorias, traça muitas vezes a linha divisória no primeiro caso dei modo diverso por que o faz no segundo ⁽⁷⁾.

(•) Assim o homicídio, ainda solicitado expressa e seriamente pela victima, é um acto illegal, embora a lei o puna com menos rigor] (art. 216 do C. p.), ao passo que o consentimento do offendido faz des-apparecer (sob certas condições) a Illegalidade da offensa á liberdade a-i dividual, á honra da mulher, a bens alheios etc. A questão é muito discutida em relação á offensa physica (cons. a parte especial). B' certo] que os textos do direito romano tantas vezes citados (*guta nulla injuria est, quas in volentepi fit*, 1.1, § 5, D., 47, 10) tem uma importancia de todo limitada, e que o principio *volenti non fit injuria*, tomado nesta generalidade, é decididamente insustentável também em face] daquelle direito. A regra estabelecida por Hess — *sapienter vonlenii§ non fit injuria* — desloca, não resolve a questão. Só no ponto de] vista do direito em vigor pode ella ser satisfactoriamente resolvida; e este muda com as intuições da época. Ao sentimento jurídico da] idade média de nenhum modo repugnava empenhar o corpo, a liberdade, a honra («tratar de infame») etc. Leis antigas prohibiam expressamente que se tivesse em conta o consentimento; neste sentido] a Theresina, art. 3, § 16, e ainda o Cod. austríaco de 1852, art. 4 ⁽⁴⁾.§ ⁽⁴⁾ Também o proj. braz., declarando absolutamente que «o consentimento do offendido não exclue a responsabilidade* (art. 29, II). N. do trad.

⁽⁷⁾ O mais importante exemplo nos offerece a impunidade do *suicidio*, hoje quasi universalmente admittida. O direito romano sé punia a tentativa de suicídio, quando praticada pelo soldado (1. 6, § 7, D. 49, 16). Na idade media allemã a sepultura ignominiosa era i pena ordinária do suicida (e assim foi também na Inglaterra até 1882).

g VI. — Finalmente cabe ainda mencionar neste lugar o art. 22 da Constituição imperial e o art. 12

pi o suicida queria, pela morte, subtrahir-se a uma pena a que se ligava o confisco dos bens, este podia ter lugar, segundo o direito commum (Carolina, art. 136). O direito commum manteve a comminação de sepultura ignominiosa ao suicida e a punição da tentativa de suicídio com penas arbitrárias (o *Landrecht* prussiano de 1620), sendo nesta parte apoiado ainda no século XVIII pelos philosophos da escola Wolífiana, bem como por Soden, Wieland, Gmelín, Guistorp e outros. Foi sob a influencia de Montesquieu e de Voltaire, de Beccaria e de Hommel que se operou na metade do século passado uma reviravolta de opinião. Mas o Ood. Josepbino ainda mandava «enterrar o suicida pelo JTCarrasco» e infligia á tentativa de suicidio a pena de prisão até emenda. Na Prússia, apesar das opiniões conhecidas de Frederico 2º, só em 1796 declarou-se isenta de pena a tentativa de suicidio (*Allg. Landrecht*, »rt 803 a 805). Desde o cod. bavaro de 1813 foi desaparecendo gradualmente dos codigos a comminação de pena contra o suicidio. Em Braunschweig ainda se executou em 1828 a inhumação pelo carrasco (Scholtz, *Merkwiirdiffe Strafrechtsfälle*, 2º, 1841, p. 186). —A tentativa de suicidio ainda é punível, segundo o actual direito anglo-americano. A instigação é a cumplicidade não raro eram punidas pelos cod. ter-ritoriaes da Aliemanha, como delicto independente, e actualmente o são em Berne, na Hungria, na Hollanda, no Japão, bem como assim dispõem o projecto russo e o «espanhol (¹). Esta medida tem o assentimento de Berner, 94, v. Meyer, 316, Geyer, G 8., 88.º, 118, e é censurada por Binding, 1.º, 701, que, sem duvida incorrectamente, quer punida como homicídio a instigação ao suicidio. Cons. a dissertação de Geyer analysada no Z., 12.º, 636. — Considere-se também a mutilação do próprio corpo, que o art. 142 do G. p. pune como acção que tem por fim illudir a obrigação do serviço militar. A damnificação da cousa própria pôde ser punível, segundo o art. 304 do C. p. (*) O pôr em perigo a própria vida não raro é facto policialmente qualificado.

(º) A Ord. Aflf. não punia o suicidio commettido por « sanha, nojo ou rancor», mas mandava confiscar os bens daquelle que se suicidasse para evitar as penas de um crime (1. 6, t. 78). Esta disposição [passou para a Ord. Phil. (1. 2, t. 26, g 82). N. do trad.

O Também assim é segundo o nosso O. p., art. 299. N. do trad.

(-») Ver os art. 180, 140, 144 e 145 do nosso C. p. N. do trad.

16/

do C. p. que, no intuito de garantir uma absoluta publicidade aos debates parlamentares e deste modo facilitar a acção reciproca e constante entre a representação nacional e a opinião dos eleitores, dispõem que as *resenhas fieis* (verbaes ou escriptas) *a)* dos debates do *Reichstag* em sessão publica, *b)* dos debates de alguma das camaras dos Estados pertencentes ao Imperio (e também da *delegação* da Al-sacia-Lorena) são isentos de toda responsabilidade, e consequentemente não podem ser também sujeitos ao processo denominado *objectivo* ^(^g) ^(^h).

(^g) Quando o direito adnitte a *morte civil* (*Rechtlosigkeit*) *total ou parcial*, esta exclue a illegalidade de todas ou de certas offensas. Esta concepção é completamente estranha ao direito actual. O homicídio não autorizado do delinquente condemnado á morte, que ainda Feuerhach, Grolmann e outros entendiam dever ser punido com menos rigor, está sujeito ás regras geraes. Outro era o pensamento do antigo direito; considere-se a romana *sacratio capitis*, a germânica privação da paz. a proscripção regia do direito da idade media allemã, a morte civil dos ciganos segundo numerosas leis imperiaes e territoriaes do século XVI, a infâmia dos blasphemos segundo as ordenanças policiaes do Imperio de 1548 e 1677 etc. Ainda em 1804 na Baden eleitoral os gatunos foram declarados destituídos de direitos durante três annos, *Archi9. des Kr. Rechts*, 6?, 1? fascículo, 139).

(^h) Segundo o art. 42 do C. p. aliemão, os objectos produzidos por um crime ou próprios para a pratica de crimes e os escriptos incursos na lei penal devem ser confiscados, destruídos ou inutilizados, ainda que uma pessoa determinada não possa ser processada ou condemnada. O processo tendente somente a estas medidas acha-se regulado no liv. 6, cap. 5, do C. do proc. p. e é o que os jurisconsultos allemães denominam «processo objectivo», *objektives Verfahren*. N. do trad.

m. — DO CRIME COMO ACÇÃO CULPOSA

§ 35. — Conceito e requisitos da culpa

LITTBRATUEA. — Brunner, *Hechtsgeschichte*, 2ª, 534; Liepmann, *Die Entstehung des Schuldbegriffes*, diss., 1891; Kühlenbeck, *Der Schuldbegriff als Einheit von Wille und Vorstellung in ursächlicher Beziehung zum Verantwortungserfolg*, 1892; Janka, *Die Grundlagen der Strafrechtslehre*, 1885; os vários trabalhos de Post (indicados no § 2); Huberti, *Gottesfrieden und Landfrieden*, 1ª, 131.

I. — O injusto criminal, como o delicto civil, é acção *culposa*. Não basta que o resultado possa [ser objectivamente referido ao acto de vontade do] agente; é também necessário que se encontre na *culpa* a ligação subjectiva. Culpa é a *responsabilidade pelo resultado produzido*. No direito penal trata-se somente do facto de incorrer o agente em responsabilidade criminal; a desapprovação da acção ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu valor jurídico ou moral (accentuado por Merkel) p — em relação áquelle facto e portanto á idéa da culpa — circumstancia completamente accessoria. Segundo o direito actual e abstracção feita de algumas [excepções esparsas, a culpa supõe:

1.º, a imputabilidade do agente (adiante, §§ 16
37). (4ª

2.º, a *imputação ão resultado* (*). Esta se dá,] *a*) quando o resultado foi previsto (dolo, adiante §§ 38 e 40); *b*) quando o resultado não previsto] podia sel-o (culpa em sentido stricto, adiante § 41).

II. — O principio, hoje subentendido, que a] culpa é um dos caracteres da idéa do crime, que sem culpa não se pôde infligir pena, é o productoj de um longo desenvolvimento, até aqui pouco atten-dido e ainda não de todo concluido. Só gradual! mente a idéa do injusto comprehendeu em si a da falta, e é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa] que se mede o progresso do direito penal. Assim como não repugna á concepção religiosa que os peccados dos pães recaiam sobre os filhos e os netos, assim como na tragedia antiga o destino fatal, e na] litteratura moderna a lei da hereditariedade se substituem á culpa, também o direito primitivo de] todos os povos pune sem culpa. Segundo o direito] religioso dos Romanos, a offensa casual do direito] provocava, tanto quanto a offensa dolosamente com-mettida, a cólera dos deuses, que devia ser aplacada por expiações, e as leis barbaras da Allemanha admittiam ainda uma divida de família pelo sangue derramado, que se transmittia de geração em ge-| ração.

1. — Isto revela-se antes de tudo no modo de tratar a imputabilidade. Parece que ao antigo direito romano não repugnava a punição do ladrão impúbere. O direito romano posterior e o direito canónico mantiveram a impunidade do *infans* (até os sete annos completos); desta idade em diante o crime commettido por impúbere provocava o exame | do caso concreto. Oons. Pernice, *Labeo*, 1.º, 206. As leis barbaras da Allemanha frequentemente não

(¹) Ha também actos não culposos do imputável.

; admittiam o pagamento do *preço da paz* nas infracções commettidas por adolescentes (Schroder, *Rechts-geschichte*, 345). Os textos saxonios da idade média [posterior não comminavam penas, pelo menos criminaes, contra os meninos (cons. por ex., o Espelho da Saxonia, 2.º, 65, 1). No art. 164 a Carolina [vedava a pena de morte contra os ladrões adolescentes (menores de 14 annos), uma vez que não [se dessem causas especiaes, e admittia o *malitia supplet ostatem*; e no art. 179 mandava de um modo inteiramente geral que, sendo adolescente o malfeitor, se consultasse o parecer dos juristas. A legislação e a sciencia do direito commum vacillavam, mas em geral mantinham a impunidade dos meninos; esta doutrina foi seguida pela grande maioria das novas legislações, variando as suas disposições sobre o limite da idade (^a). O direito francez absteve-se de fixar o minimo da idade, para que em cada caso se possa verificar o discernimento do adolescente. Seguiram-no o cod. prussiano de 1851 e o bavaro de 1861. O C. p. imp. voltou, pelo [contrario, á concepção do direito romano-canónico e do direito commum da Allemanha. — Também o reconhecimento da alienação mental teve de abrir I caminho gradualmente. Sobre o direito romano, (cons. Pernice, *Labeo*, 1.º, 234. O Espelho da Saxonia, 3.º, 3, dispunha: «os indivíduos verdadeiramente loucos e os mentecaptos não serão julgados.» A Carolina, referindo-se no art. 179 ao agente I que em razão de sua adolescência ou por outra enfermidade não tivesse consciencia dos seus actos », [mandava consultar os entendidos.

2. — Ainda maior espaço de tempo decorreu antes que se referisse a imputação do resultado ao

(*) Sobre a responsabilidade criminal dos menores, ver a Ord. [JW1., 1. 6, t. 135. N. do trad, (6 a

dolo ou á culpa *stricto sensu*. Ao direito romana ficou desconhecido, em todas as phases de sua história, o crime culposo propriamente dito. No direito penal nada há que se possa contrapor á engenhosa formação da culpa aquiliana, e as tentativas, repetidas desde Adriano, de medir a pena conforme a culpa, não impediram que se confundissem, de um lado, a culpa e o *casus*, e, do outro, a culpa e o *impetus* ⁽²⁾. A idade média aliemã não applica pena criminal á culpa (*warlose*, Espelho da Saxonia, 2.º, 38, quando o agente obra contra a sua intenção). | Apoiada na sciencia italiana da idade média e tendo em vista a l. 9, § 4e l. 1.º, 11 pr., D., 9, 2, a Carolina examina no art. 146 a natureza do homicídio culposo. Este e os arts. 136, 138 e 180 ministraram a base sobre que se desenvolveu a sciencia do direito cemmum. Em cada crime exige-se o *dolus malus*. Na culpa dá-se um *quasi crimen*, que só pôde ser punido com penas arbitrarías. Nefté sentido, por exemplo, o *Landrecht* prussiano de 1620 e o cod. bavaro de 1813. Assim a culpa foi elevada a uma das formas geraes do elemento subjectivo, sem se ter atinado, porém, com a definição da idéa. Ainda hoje, como veremos adiante (§ 41) a idéa do crime culposo, que em sua generalidade ficou inteiramente estranha aos direitos derivados do romano, não tem firmeza, ao mesmo tempo que, por outro lado, só se pôde considerar como parcial-

(²) Pernio, *Labeo*, 2.º, 244. — A opinião dominante admite que o direito romano posterior distinguia, nos crimes de homicídio e de incendio, no de deixar evadir-se o preso, o *commettimento culposo do doloso*."» Mas os textos não justificam esta asserção. Binding, *Kulpose Verbrechen im Gem. Rom. Rechte* 1877. Em sentido contrario, v. Meyer, 218. — A opinião particular de Binding, *Normen*, 2.º, 838, (a culpa lata do direito romano é o dolo, deducção feita do motivo cemmum) demonstraram ser falsa Peraice, Windscheid, Dernburg e muitos' outros-

Intente effectuada a separação entre o dolo e o *dolus* *involuntarius* dos Romanos, noção indeterminada, na qual se compreende também a ilegalidade sob o ponto [de vista subjectivo ^(b)].

III. — Ao principio, que só o resultado imputável faz o agente incorrer em responsabilidade criminal, o direito imperial vigente abriu algumas excepções isoladas.

E' certo que não podem ser compreendidas entre essas excepções as numerosas *presumpções de culpa* ⁽³⁾ estabelecidas nas leis penaes accessorias; pois quando a lei dá como constante a culpa (dolo

(b) No direito criminal dos Romanos o *dolus malus* designava a intenção de causar um dano injusto, e pois compreendia a consciência da ilegalidade; os Romanos nunca chegaram a distinguir, na acção delictuosa, entre a intenção e o dolo. Quanto ao *dolus* e á *culpa*, observa Pernice, *Laheo*, 2.º, 129, « os jurisconsultos romanos não tiveram occasião de considerá-los debaixo de um só ponto de vista; ambas as idéas não só desenvolveram-se, no seu começo, independentemente uma da outra, como permaneceram estranhas entre si, sem exercer visivelmente uma influencia reciproca. Nunca se fez a tentativa de apresentá-las theoreticamente como faces diversas do mesmo todo, Bó exterior e praticamente ligaram-se no direito privado pelo principio *§a culpa dolo comparabitur*. Por isso não se encontra uma designação comum para ambos. » — Encontra-se também no direito português a theoria tradicional: « cum vero factum illicitum vel *dolo* committatur vel *culpa*; illud *verum delictum*, hoc *quasi delictum* appellatur » (M. Freire, *I. J. Crim.*, T. 1.º g 3.º). Dolo é a intenção moral, a malícia; culpa, a negligencia. N. do trad. (*) Cons. Binding, *Normen*, 2.º, 612; Schmid, *Die Präsumtionen deutschen Reichsstrafrechts*, diss., 1884.— Exemplos encontram-se não apenas nas leis aduaneiras e fiscaes, como na lei de 25 de Outubro de 1867, pccernente á nacionalidade dos navios mercantes, art. 3.º, al. 2.ª, no pd. do Commercio (texto de 1884), art. 249 c, na lei de 21 de Maio 1878 concernente á peste bovina, art. 8.º, al. 2.ª, na lei de 3 de Julho 1878, concernente ao seio das cartas de jogar, art. 10, al. 3.º, na lei de 21 de Maio de 1889, concernente ás cooperativas de economia e industria,

ou culpa propriamente dita) até prova em contrarioj deixando talvez o ónus delia ao accusado, reconhece implicitamente que sem dolo ou culpa não pode nem deve haver punição. A presumpção de um facto ac-j centua justamente a sua importancia jurídica.

E' porém incontestável que aquellas excepções) se encontram, não no C. p. mesmo, mas em algumas leis accessorias, onde se contêm disposições que, abstrahindo de toda culpa, ligam a pena ao concurso meramente objectivo das circunstancias constitutivas do delicto (⁴). A existência de taes infracções

arts. 142 e 144. Tem especial interesse e importancia os arte. 20 e 21 da lei de 7 de Maio de 1874, concernente á imprensa. Cons. adiante o g 42. (*) Exemplo incontestável offerece o art. 137, ai. 1.º da lei de 3 de Julho de 1869 sobre a união aduaneira que assim dispõe: «a existência do delicto em questão e a applicação da pena respectiva nos casos mencionados no art. 136, *decorrerão somente dos factos ahi qualificados*». Consulte-se também o art. 20 da lei de 24 de Junho de 1887, concernente á imposição do álcool: «a existência da defrau-dação do imposto de consumo, diz este art., nos casos enumerados nos arts. 18 e 19, resulta dos factos ahi qualificados. Si se verificar porém que em taes casos não podia ser commettida uma defraudação do im-posto de consumo, ou si não se verificar que a defraudação fora praticada intencionalmente, applicar-se-ha uma pena disciplinar nos termos do art. 26». Semelhantemente o art. 46 da lei de 31 de Maio de 1891, concernente ao imposto sobre o assucar. — O Trib. do Imp. tem reconhecido em uma serie de decisões a possibilidade de crimes sem culpa; taes são as de 20 de Novembro de 82, 7.º, 240 (lei de 10 de Julho sobre o sello de letra), 17 de Abril de 83, 8.º, 182 (ordem de gabinete da Prússia de 10 de Janeiro de 1824, concernente á elevação do imposto sobre os vasos de maceração), 4 de Junho de 83, 8.º, 390 e 414 (lei prussiana sobre o imposto predial de 21 de Maio de 1861, lei bavara sobre o imposto predial de 15 de Agosto de 1828 e 19 de Maio, e sobre isto v. Bar, G S., 38.º, 276, nota 2.«), 25 de Maio de 86, 14.», 145 (lei de 16 de Julho de 1879, concernente ao imposto sobre o fumo), 7 de Janeiro de 91, 21.º, 259 (lei de 8 de Julho de 1868, concernente ao imposto sobre o álcool).



(que se costuma denominar *delictos formaes*) pode-se lamentar, mas não simplesmente negar ⁽⁶⁾ (°).

r ⁽⁶⁾ Divergem Binding, *Normen*, 1.°, 810, 2.°, 610, Lucas, (ver a litteratura do § 38), 134. — Os commentadores pretendem também, mas sem bastante fundamento, encontrar no O. p. imp. (tanto nas contravenções como nas omissões) casos que pertencem a esta categoria. — A verdadeira opinião é defendida por Hálsbner, 1.°, 258, Olshausen, 4.°, cap. 2.°, Birkmeyer, *UrsachenbegHff*, 58.

(°) O principio fundamental de que não ha crime sem culpa é violado pela doutrina defendida sobretudo em França de não ser necessaria a culpa nas contravenções, bastando o facto material constitui tivo da infracção. Alimena a qualifica de *barbara* (*Dell'Imputa-milita*, 1.°, p. 497), Binding, (*Normen*, 2.°, p. 616) a impugna na Al-lemanha, van Hamel (1.°, p. 256) na Hollanda, e na própria França tem cahido em descrédito (Dallos, v. *contravention*). Tal aberração parece á primeira vista admittida pelo nosso O. p., que, definindo no art. 7.° o crime como violação imputável e *culposa* da lei penal, define no art. 8.° a contravenção como facto voluntário punível que consista *unicamente* na violação ou na falta de observância das disposições preventivas das leis ou regulamentos. Mas com isto a lei quiz assignalar somente o característico das contravenções, como infracções que consistem na desobediência a disposições preventivas, independentemente de outro resultado. Nem outra intelligencia é admissível em face do art. 24 que declara isentas de penas as acções ou omissões contrarias á lei penal (e portanto os crimes e as contravenções) que não forem commottidas *dolosa ou culposamente*. A theoria do *fait matêriel* seria entro nós tanto mais nociva quanto, como já ponderámos, o O. p. não observou a sua definição na qualificação das contravenções, contemplando entre ellas muitas infracções que consistem na offenaa ou compromisso de determinados interesses (veros arts. 865 a 868, 871 a 878, 881, 889, 391 etc). —O agente pode praticar o facto que a lei prohiu ou deixar de cumprir o dever que a lei impõe com sciencia e consciencia das circumstancias constitutivas da infracção ou

t por mera inadvertência. Si não ha dolo nem culpa, não pode ser responsabilisndo pelo *resultado*, que também aqui é — produzir a situação que a lei prohiu ou não produzir a situação que a lei exige. — O 1.° proj. braz. consagrava a boa doutrina no art. 18, 2.° ai.; ma3 o proj.

P revisto não a reproduzio. N. do trad, | 4 <f

Também em um certo numero de casos o direito vigente agrava a pena, quando a acção em si culposa occasiona um resultado mais grave e não devido á culpa. A pena agravada é portanto em taes casos infligida, ainda quando não se tenha dado, em relação ao resultado grave, dolo nem culpa do agente ^(f) ^(d).

§ 36. — Da imputabilidade

LITTEATUEA. — Berner, *Grundlinien der Imputationslehre*, 1843 ; Bruck, *Zur Lehre von der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit*, 1878 ; "Wahlberg, collecção de escriptos, 19, 1, 39, 101.

I.— Já na introdução notámos que a imputabilidade criminal nada tem que ver com o livre

(•) Exemplos: O. p., arts. 118, 178, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 239, 251, 807, 812, 314 a 816, 821 a 824, 826 a 328, 240 e outros • lei sobre materias explosivas, art. 5.º, ai. 2.º; lei de 25 de Fevereiro de 1876 concernente a medidas sobre a desinfecção, art. 5.º; lei sobre viveres, arts. 12 a 14; lei sobre a peste bovina, art. 4.º. — A. doutrina sustentada no texto é a opinião com mu m. Tem por si a assentada jurisprudência j do Trib. do Imp., bem como Geyer, 2.º, 143, v. Meyer, 196, Olshauseri/j 4.º, cap. 3.º, Schutze, 270, nota 38, Birkmeyer, *KauaaXziiammenhang*§§, "Wahlberg, Z., 2.º, 207, v. Rohland, *Qefahr*, 55, Jjãndsberg, *KommisaA delikte*, 210, v. Lilienthal, 35, Look, (vera litteratura do § 28), 194. | Exigem pelo contrario culpa do agente em relação ao resultado produzido Berner, 620, Binding, 1.º, 366, Hälschner, ITº, 326, 2.º, 28, 819, | Schutze, 396 (em contradicção consigo mesmo), Baumgarten, *Verstich*, | 370, 378, Max Berner, *Ne bis in idem*, 10; egualmente os projectos da | Áustria, Rússia, Noruega. Lõning, 46, admite uma presumpção de culpa irrefragavel; contra elle Schmid, *Präsumptionén*, 74. — Trata-OT nestes casos de um rpflexo da antiga doutrina do *dolus indeterminatu*» (vêr adiante o § 38, nota 7).

(^a) Em numerosos casos o C. p. allemão agrava as penas da acção (dolosa ou culposa) que constitue o delicto, quando a acção delictuosa da

arbítrio (acima, § 15, II). Responsável é todo homem *mentalmente desenvolvido e mentalmente são*. D'abi segue-se que a theoria da culpabilidade criminal deve encontrar o seu centro de gravidade na exposição daquellas situações ou estados excepçio-naes que excluem a imputabilidade.

Releva ponderar que, assim como o homem de espirito maduro não o tem amadurecido no mesmo [momento em relação aos diversos domínios da acção [juridicamente indiferente, devendo, pelo contrario, (preceder um desenvolvimento aqui mais, alli menos (prolongado, do mesmo modo não se adquire a capacidade jurídica de obrar na mesma phase da vida [relativamente aos diversos domínios do direito (direito [publico, civil, penal) e ás suas respectivas subdivisões (direito de família, direito de successão, direito das obrigações). Deve-se igualmente admittir que, em [materia de direito penal, no mesmo homem e no (mesmo momento essa capacidade ora existe, ora falla,] [conforme trata-se deste ou daquelle grupo de acções .delictuosas (considerem-se de um lado o homicídio, e, de outro, os crimes políticos).

[causa a um resultado grave (de ordinário morte ou offensa physica). [E' questão muito discutida entre os criminalistas aliemães si em taes casos se faz mister, para a applicação das penas aggravadas, que tenha havido culpa por parte do agente em relação a esse resultado. A opinião icommum contenta-se com o facto material, fundando-se na letra da lei [que apenas exige uma relação de causalidade entro o delicto e o resultado grave. Esta doutrina é uma applicação do principio *causa causantis est pausa causati* e importa a confusão da causalidade e da culpabilidade. Berner, Binding, Schütze etc. a impugnaram, exigindo pelo menos culpa *utricto sensu*) por parte do agente em relação ao resultado em questão. JORibem vau Ha mel, no ponto de vista do direito fanilandez, pronun-ja-se neste ultimo sentido, fundando-se na theoria da previsibilidade.

to os arts. 146 e 148 do nosso O. p., onde se contem disposições análogas. N. do trad. J^hU



Pondere-se mais que nos limites da imputabilidade, assim como nos limites da saúde física, são possíveis numerosíssimas gradações. Surge a questão de saber: deve o legislador ter em conta essas gradações, quando fixa as penas relativas aos factos que qualifica? Tem-se lançado a confusão nesta, questão, designando-se como *imputabilidade restricta* a que se eleva acima do mínimo, mas desce abaixo da média; com isto se faz crer que trata-se de um estado mental inferior ao da imputabilidade. Contra a solução afirmativa militam a amplitude das escalas das leis penais alemãs, e especialmente os mínimos de pena extremamente diminutos e o systema das circunstancias attenuantes; a favor milita a confusão introduzida nesta materia, e ainda tão generalisada e tão inveterada que torna urgente a regulamentação da questão. Em um caso — relativamente aos criminosos adolescentes (C. p., art. 57)— o C. p. mesmo teve em conta a «imputabilidade restricta». A pena branda cominada contra o infanticídio (ver a parte especial) também se pôde referir ao mesmo pensamento (*) (*).

(*) No 1º projecto do C. p. imp. era expressamente reconhecida a imputabilidade restricta, também admittida em vários codigos da Alemanha. Encontrasse igualmente nos cod. de Berne e Zug, o no cod. italiano. O que mais importa é que, além da attenução da pena, não seja esquecida a protecção da sociedade, quando se trata de indivíduos, cujas tendências sejam um perigo commun. Cons. o § 14, II, i

(*) *Verminderie Zurechnungsfähigkeit* (*responsabilité affaiblie, media imputabilità*) «Esta expressão, diz van Hamel (1º, p. 298), designava, segundo os velhos escriptores e as antigas legislações da primeira metade deste século, um estado psychico em que a necessaria aptidão normal para a imputabilidade não falta, mas existe em gráo inferior e isto prevalecia como fundamento para reduzir-se a pena, para fazê-la descer abaixo da medida legal. A justeza theorica desta idéa, porém, pôde ser contestada, e, na verdade, era defendida somente como reconhecimento da verdade incontestável do que nos limites da imputabilidade

' II.— Com razão a legislação penal do Imperio absteve-se de fixar a idéa da imputabilidade. Deixou a solução do problema aos esforços da psychologia e da sciencia do direito, limitando-se a indicar á administração da justiça alguns pontos de vista directores. Não exgotou nem pretendeu exgotar a idéa da imputabilidade, quando exigio aqui «o livre exercício da vontade» (C. p., art. 51), e alli «o discernimento necessário para a comprehensão do character delictuoso do facto» (C. p., §§ 56 a 58) ⁽²⁾.

lidade encontram-se numerosas diversidades e situações de transição e sobretudo como reconhecimento da necessidade de terem-se em conta essas circumstancias. Os escriptores e as legislações posteriores, que não I admittem a imputabilidade restricta, proseguera praticamente o mesmo j fim, já pela redução legal das penas comminadas (menoridade, infan-I tecidio), já principalmente pela amplitude deixada aos juizes na gra-iduação d'eUas.» Ver o art. 47 do C. p. ital. N. do trad.

(¹) A imputabilidade, como requisito da culpa e como todas as circumstancias juridicamente relevantes, deve ser verificada *ex officio* • I não é necessário que o accusado prove a sua ausência. Paz-se mister de claração expressa na sentença (C. do proc. p., art. 266), quando no curso [dos debates a existência da imputabilidade é contestada. Esta regra soffre somente excepção, quando se trata de um adolescente ou de um psurdo-mudo; deve então em todos os casos, e no jury por uma questão accessoria proposta aos jurados, ser expressamente declarado que o agente ipor occasião da pratica do facto tinha o discernimento necessário para w comprehensão do character criminal d'elle. (^b)

H r, {''') A questão de saber si no caso dado occorre uma das circumstancias previstas no art. 51 do C. p. allemão é decidida pelo minis-jterio publico antes da accusação (art. 162 do C. do pr. p.) e, depois Ide intentada a accusação, poie ser decidida em qualquer phase do íprocesso, e especialmente na instauração do processo *principal* ou plenário (art. 201 e seg. do mesmo Ood.) e no julgamento (art. 266) pelo tribunal. No jury a existência de uma dessas circumstancias não pôde ier especialmente verificada, porque a questão fica prejudicada pela Fiesposta affirmativa ao quesito si o accusado é culpado (art. 295), Quanto ao menor de 18 annos porém, o art. 298 do C. do proc. p. manda

III. — A imputabilidade deve existir no momento em **que** o acto é praticado. A não imputabilidade que sobrevenha posteriormente só pode produzir efeitos processuais^(c). O que regula é o momento em que o movimento corpóreo voluntário foi empreendido (ou, si se trata de uma omissão) ilegal, devia ser empreendido); é indiferente o estado mental do agente no momento em que o resultado se produz. O individuo que envenenar dolosamente uma fonte e depois se embriaga, não deixa de ser responsável, porque, enquanto se, achava em estado de completa embriaguez, as pessoas compreendidas pelo seu dolo beberam da fonte **en-j** venenada. Quem induz um louco á pratica de certo crime, obra em estado de imputabilidade, embora o louco execute o crime, quando o autor intellectuell do facto se ache immerso em profundo somno.

Basta a applicação lógica desta regra para a solução da celebre questão escolástica sobre a apreciação das denominadas *actiones liberce in causa seu aã Hbertatem relatce*. Taes acções dao-se, quando o agente, em estado de não imputabilidade, produz um resultado por commissão ou omissão, mas a este seu procedimento deu causa uma acção (ou omissão) dolosa ou culposa praticada em estado de imputabi-

expressamente propor um quesito accessorio sobre o seu discernimento o que se considera como um *privilegio processual*. Segundo a opinião communis, o tribunal pode deixar de instaurar o processo principal, quando está convencido da ausência do discernimento do menor. Como o julgamento dos crimes praticados por menores de 18 annos compete ás camaras criminaes dos tribunales regionaes, um menor só pôde comparecer perante o jury excepcionalmente, quando se achar envolvido em um crimfl] connexo da competência deste. Ver Olsbausen, § 61, 15, 17, § 66, 16, 18, e Daguin, *Code de Proc. p. ali.*, nas notas aos art. cit. N. do trad. A (c) Ver Garraud, *Droit p. /?•*, 1, 220, sobre os effeiv.-s da loucuM superveniente ao delicto. N. do trad.



lidade. Exemplos: o guarda da via férrea embriaga -se no intuito de deixar de dispor as agulhas por ocasião da aproximação do trem; a mãe, sabendo que costuma agitar-se durante o sono, colloca por descuido o filho junto a si no leito e o sufoca. Crimes desta natureza resultam de ordinário, mas não exclusivamente, de omissões; são mais raros os crimes por comissão culposa, e raríssimos e duvidosos devem ser os casos em que uma comissão dolosa se apresente como *actio libera in causa*. Mas não é isto impossível. Assim como podemos utilizar-nos dos loucos ou dos ébrios como instrumentos para os nossos fins,— porque nelles a aptidão para determinar-se por meio de idéas ou representações, comquanto irregular, não está extinta — também podemos utilizar-nos de nós mesmos em um estado de perturbação mental ou de embriaguez para a execução de planos preconcebidos.

Si, no caso dado, ha nexo causal e culpa em relação ao resultado, nenhuma dificuldade encontra a apreciação jurídica.

No momento decisivo—e este não é o da realização do resultado, mas o do impulso dado para o desdobramento da cadeia causal—existia a imputabilidade. O guarda achava-se no gozo de suas faculdades, e a mãe estava acordada, quando deram causa ao resultado que se produziu ; e pois nada se oppõe á imputação ⁽³⁾.

(³) O direito coramum, desde Bartolo, occupou-se muitas vezes com a questão. Muito regularmente admittia-se a criminalidade, por não se dar ausência do dolo ; cons. por ex. Engau, g 41. A dissertação de Thomasio de *jure eirea somnum et somnia*, 1686, entra em minuciosa casuística. Já o *Landrecht* prussiano de 1620 sujeitava, como Dambouder, o somnambulo homicida á pena arbitraria, quando elle conhecia o perigo resultante de teu estado. — A rica litteratura sobre a questão descua ás mais das vezes o ponto decisivo. A ad-
AL%

Sem imputabilidade não ha culpa, e portanto não pode haver crime. Por isso é também idealmente impossível—e este principio deve ser observado sem nenhuma excepção — a cumplicidade punivel de terceiros em infracção commettida por um agente não imputável. Podem porém terceiros ser responsabilizados como *autores próprios* ⁽⁴⁾.

§ 37 Dos casos de não imputabilidade

LITTERATURA. — Ao n. I, Beaninert, *Zurechnungs-fähigkeit und Bestrafung jugenãlicher Personen*, 1877; Thümmel, G S., 48?, 334, 401; cons. o § 14. nota 4. — Ao n. II, Kirm, H C., 1?, 35, 29, 209; os tratados de medicina legal e de psychopathologia (§ 17, VIII, 2). — Ao n. III, I Schwartz, *Die Beigungslosigkeit der Straftäters*, 1878. — Alcoolismo; vêr a parte especial | (ai-t. 361, n. 5, do C. p.).

A imputabilidade, como estado normal do homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são, não se dá:

missão do nexu causal nem sempre justifica attribuir-se á culpa o resultado.— A's mais das vezes os criminalistas contentam-se com investigar a possibilidade da relação causal. No sentido do texto Hálschner, 1.º, 212 (mas somente dada; certas condições), v. Meyer, J 191, Olshausen, jöl, 11, Geyer, H H, 4.º, 106, Binding, *Normen*, 2º, 194 ; também o Ti-ib. do Imp., dec. de 8 de Março de 92, 22, 413. Em sentido contrario, Schütze, 193 e outros. •!

(*) Cons. adiante o J 50. Isto procede tanto a respeito dos J menores em direito penal como dos loucos. O Trib. do Imp., admitte/ o principio quanto aos últimos (a ultima decisão é de 10 de Junho | de 90, 21.º, 14), e o contesta quanto aos primeiros ; cons. adiante o § 37, nota 2.º. Olshausen §§ 51, 12, e 55, 4 indaga em um e outro] caso si o agente estava em estado de obrar com dolo criminal. Mas desconhece-se assim a importancia prejudicial da imputabilidade, e a distincção no caso dado é estranha á lei, quando se trata de loucos



I. — *Quando falta o desenvolvimento mental.* Este facto pode ter uma dupla causa: I

1.º um desenvolvimento ainda não concluído, a menoridade do agente segundo o direito penal.

p Para os efeitos de direito penal o C. p. imp. fixou dois períodos : I

E A) a *infância* até os 12 annos completos (O. p., art. 55). Absoluta não imputabilidade, e em consequência deste principio exclusão de toda investigação por parte da justiça criminal. Desde a Novela de 1876 é permitido, como medida administrativa, que o menor seja recolhido a um instituto de educação ou de correção, quando a autoridade pupilar verifica ter sido cometida uma acção criminosa e declara ter cabimento essa medida ⁽¹⁾. As pessoas que exercem vigilância sobre o menor podem ser responsabilizadas como autores próprios (e igualmente o podem ser terceiras pessoas) ou em consequência de descuidada vigilância nos termos do art. 361, let. 9, do O. p.; nunca porém como cúmplices, pois em taes casos não ha crime. ⁽²⁾

(1) Lei prussiana de 13 de Março de 1878 sobre o recolhimento dos meninos, cuja educação é descuidada.

(¹) De accordo Geyer, Iº, 137, Hälschner, Iº, 223, v. Meyer, 227, Jückerl, 56 v. Kries, Z., 5º, 10, Trat., 10, Glaser, 2º, 196, nota 4, Berkmeier, *Teilnahme*, 128, 269, Kohler, *Studien*, 1º, 114, Bennecke, 138. Em sentido contrario Schütze, G- A., 21º, 164, Herzog, repedidas vezes, e por ultimo na G S., 35º, 342, o Trib. do Imp, de fe conformidade com a antiga praxe prussiana (decisões de 12 de Abril I de 82, 6º, 187, e de 6 de Junho de 82, 6º, 386); Ziebarth, 841, Borchert, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen dritter*, p. 24, Bünge, Z., 8º, 579, van Ualfer, *Befehl*, 86. Sobre Olsbausen, ver acima o g 36, nota 4. (*)

(*) Do principio enunciado no | 36, IV (onde não ha culpa I não ha crime, e onde não ha crime não ha cumplicidade j o autor

----- 1 ^, ^U -----, ----, -- _ -----

B) a adolescência desde os 12 annos de idade completos até os 18 completos. Exame da imputabilidade em geral, e especialmente do critério necessário para a comprehensão da criminalidade do facto em cada caso (esta ultima circumstancia deve ser declarada na sentença, — e pelo jury, si o menor responder perante elle, (art. 298 do C. do proc. p.). Cumpre notar- que a lei não exige o conhecimento da criminalidade (nem tão pouco a consciencia da illegalidade) da acção, mas a maduresa de espirito necessaria para a obtenção desse conhecimento, ©1 *discernement* do 0. p. francez, o critério (*Unterschei^§ ànnngsvermogen*) do C. p. prussiano. E, na verdade, deve dar-se o discernimento necessário para o conhecimento da criminalidade do género de crime que

conclue que no acto do louco, do impúbere e do adolescente destituído de discernimento não pode haver cumplicidade, isto é, o autor considera a loucura e a menoridade como circumstancias dirimentes de culpa. Esta doutrina é em parte contestada por Olshausen, segundo o qual, com quando o louco © o impúbere não possam em caso algum ser punidos, todavia nos actos por elles praticados pode dar-se cumplicidade punivel, quando o louco ou o impúbere tenha agido dolosamente, pois nesta hypothese dá-se, alem do elemento material, o elemento subjectivo do delicto, e portanto tudo quando a lei exige para que possa haver cumplicidade. Outros, como Schúze, e Herzog, vão ainda mais longe, admittindo a cumplicidade nos actos de loucura incondicionalmente, pois a existência « de uma figura criminal exterior » (Herzog) é sempre sufficiente fundamento para a cumplicidade. Com relação ao impúbere a distincção tem sido admittida pelo Trib. do Imp. e por alguns criminalistas, e impugnada por muitos outros, cuja opinião parece ser a predominante. Com effeito, por sua natureza e pela própria letra da lei (« não ha acção punivel »), a loucura e a impuberdade não são meras circumstancias que excluem a pena, senão circumstancias dirimentes de culpa, e portanto os terceiros, que como instigadores ou cúmplices tiveram parte em actos de ta** incapazes, só podem ser punidos evino autwra me lia tos. N. do trad.

foi praticado (³). O menor pode ter discernimento para compreender os crimes contra a propriedade, e não tel-o para compreender os crimes políticos. Apesar da existência de discernimento, a imputabilidade pode ser excluída por outra causa, por exemplo, a embriaguez.

a) Si falta o discernimento, segue-se a absolvição. A sentença pode ordenar a collocação do menor em um estabelecimento de educação ou correção. Com relação a terceiros, procede o que foi acima dito sob *a*.

b) Verificada a imputabilidade, tem aplicação —em razão da «imputabilidade restrita» — a redução da escala penal ordinária (C. p., art. 57; ver •adiante o § 70, 1) (⁴).

(*) Segundo o art. 50 do C. p. mil., a idade do agente não influi sobre a punição dos crimes e delictos militares, visto como a aptidão para o serviço militar começa aos 17 annos completos. Ver Hecker, 104.

(⁴) O art. 173 encerra uma disposição especial (vêr o § 48, nota 2). A menoridade em relação ao juramento regula-se pelas leis do processo (^b). A menoridade civil não é tomada em consideração. Não assim no direito austríaco e no direito húngaro, que não admittem nem seja o menor de 20 annos condemnado á pena de morte ou á de prisão perpetua; também a toma em consideração o projecto russo.— Segundo o direito vigente, a velhice não é causa de attenuação de [pena, como admittia o direito commum do século XVIII e recentemente admitto o projecto russo. Este projecto contempla também entre as causas de attenuação o *sexo feminino* {").

(^b) O menor de 16 annos não pôde prestar juramento, pelo que não pôde incorrer nas penas do perjúrio, *N.* do trad.

(^c) A *Zwangserziehung* ou educação forçada- dos menores tem Wpplicação na AllemanbA: 1.º aos meninos menores de 12 annos, que ptenham commettido crimes; 2.º aos adolescentes de 12 a 18 annos que, tendo commettido crimes, foram absolvidos por falta de discernimento; 3.º aos menores que tenham sido descurados, sem que o

2.º — O desenvolvimento tolhido. Surdi-i Também aqui deve-se verificar, no caso da O|| a imputabilidade em geral, e especialmente o discernimento necessário para a compreensão da criminalidade do facto praticado, e esta circumstancia |

abandono moral d'el los se haja manifestado pela pratica de Quanto ao 1.º grupo, 6 nos Estados a autoridade pupilar que rs> •olve, *tx officio* ou em virtude de queixa, sobre a collocacão do ma» [nino em um instituto de educação. O processo é administrativo c audiência doa pães ou tutores. Quanto ao 2.º grupo, a collocacão I resolvida na própria sentença de absolvição e confiada às autoridade | policiaea e administrativa*. Tem sido objecto de discussão qual *IE§* systeina preferível, a educação no seio de uma familia ou em um instituto destinado a este fim. At Ma locaes divergem, preferindo, ora um ora outro, ou autorisando ambos (como na Prússia); mas estão todas de accôrdo em que a educação forçada é fundamental- | mento diversa da pena de privação de liberdade, pelo que prohibem a collocacão do menor em estabelecimentos destinados á correcção dos pessoas de que trata o art. 302 do O. p. Poucos são os I institutos de correcção c educação creados pelos Estados, os inais d'elles fão particulares com regulamentos approvados pola autoridade e sujeitas á inspecção d'esta. Esses institutos, denominados *JRetiu j- — kàuser*, modelados pelos estabelecimentos de Weimar e Hamburgo fundados no começo d'este século por Falk e Wichern, ião superioreja a 200 em toda a Allemanba. A educação forçada vae até o periodoj que lhe tenha sido fixado (quando não termine antes, como algumas] leis permittem) isto é, até os 16 ou 18 annoa de idade do menor, e) pode ser excepcionalmente prolongada na Prússia até a maioridade a nos outros Estados até os 20 annoa. Na Prússia é permittida a liberJ tacão provisória (retractavel até o fim do periodo). Garraud (1.º, 20.3)d referindo-se á legislação franceza, estranha que a privação da liberdade infligida, a titulo correccional e não penal, ao menor destituído de discernimento, seja em geral maia duradoura do que a infligida, a titulo penal, ao menor que obrou com discernimento, razão por quo na pratica os adolescentes dissimulam muitas vezes a idade. A mesma] reflexão provoca a legislação allemã. Entre nós, tudo está por fazer n'esta materia tão momentosa. Ver o art 26 do Proj. N. do trad.

deve ser expressamente declarada (C. p., art 68). Mas, verificada a imputabilidade, não tem applicação a redução da escala penal, comquanto devesse ser também applicavel aos surdos-mudos ⁽⁵⁾. 1 Como a lei só faz menção dos surdos-mudos, estas disposições não são applicaveis a outros casos de detido desenvolvimento (considere-se *a imbecilidade no seu gráo inferior, o natural de uma tribu selvagem, o individuo que cresceu em completo isolamento, etc.) ⁽⁶⁾ j mas pôde ter applicação o art. 51 do C. p.

II.—*Quando falta a mude mental.*

Firmado nos relatórios de especialistas, o art. 51 do C. p. dispõe :

«Não ha acção punível, quando o agente, ao tempo da acção, achava-se em estado de inconsciencia fou de *enferma perturbação da actividade mental, que Yexelua o livre exercido de sua vontade*».

A expressão — enferma perturbação da actividade mental — foi adoptada para comprehender não só as denominadas enfermidades mentaes no sentido próprio, senão também os obstáculos ao desenvolvimento do espirito (idiotismo ou imbecilidade) e |estados de degeneração mental, bem como as enfer-Imidades physicas propriamente ditas que são acom-

⁽⁶⁾ No sentido da lei é somente surdo-mudo quem desde o nascimento ou desde a mais tenra infância achou-se impedido no seu desenvolvimento.—O Japão não pune os surdos-mudos; o (Jod. italiano «ontem disposições minuciosas. H

(•) Em sentido contrario iinding, 1.º, 221, Hälschner, 1.º, 224, v. Meyer, 188, v. Wächter, 138, v. Lilienthal, 41; de accordo Geyer, 1º, 108, Olshaeuen, § 51, 10, Merkel, H H., 2.º, 82 ^(d).

^(d) Trata-se de saber si os art. 51 e 58 do C. p. são susceptíveis de interpretação por aqalogia. N. do trad. 1*7/

panhadas de desarranjos mentaes (como o delírio pro-
duzido pela febre, as moléstias nervosas), e finalmente as
perturbações transitórias da actividade mental (estados
de intoxicação etc). Mas, assim como toda perturbação da
saude perfeita do corpo não pôde ser qualificada de
enfermidade, também qualquer desarranjo da actividade
mental não exclue a imputabilidade; o minimo, com
que o direito em geral se deve contentar, constitue
também aqui o limite inferior. Por isso o art. 51 do C. p.,
assignalando apenas de um modo especial (mas não
exclusivo) um lado da imputabilidade, exige um estado
que exclua «o livre exercicio da vontade» do agente.
Também aqui isto não significa mais do que a regular
aptidão do agente para determinar-se por meio de
representações.

A exposição das diversas formas da «enferma
perturbação da actividade mental», já não é objecto da
sciencia do direito penal, comquanto a administração da
justiça as deva conhecer exactamente para pedir,
quando se fizer mister, o parecer dos peritos. Faremos
porém menção d'esta dupla conclusão que resulta da
unidade da nossa vida mental. I Notaremos, de um lado,
que as perturbações não só das representações, senão
também das sensações (como a inversão do instinto
sexual) (°) e dos impulsos (como a paradoxia da
vontade) são de natureza / a excluir a imputabilidade;
e, de outro lado, jjuue não são possíveis desarranjos
parciaes, permanecendo o espirito intacto quanto ao mais.
A sciencia moderna abandonou pois a idéa das mono* I
manias, como degeneração dos impulsos, conservada

(*) *Konträre Sexualempfindungen*: a pederastia activa e passi-
va e o amor lésbicas, segundo explica v. Kraftt-Ebbing, *apud* B H., | 2, 117. Ver
também o relatório de Leppman no *Boletim* da U. I. de d. p., 6 v., 108.
Is. de trad.

a plena lucidez da intelligencia, e as considera somente como manifestações parciaes de uma enfermidade geral do espirito. Egualmente a «loucura J moral» (*moral innanity*) é sempre acompanhada de I obscurecimento das idéas, e de embotamento dos j sentimentos, pelo que é mais correcto concebê-la I como uma das formas da imbecilidade. I' Si o desarranjo mental verificado por peritos! exclue ou não a imputabilidade, é o juiz 4^{uem} § nesta parte como em outras, tem de decidir, segundo o seu próprio exame e sob sua responsabilidade. O (parecer medico não o obriga nem o exime de responsabilidade. Si o alienado, absolvido por falta de imputabilidade, é perigoso, conviria providenciar a respeito de sua collocação de modo a ficar resguardada a sociedade (acima § 14, 2.º, 4).

K III.—Mas a vida espiritual do homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são está sujeita a vacillações que, comquanto tenham base physio-[^]ogica, podem todavia excluir a imputabilidade e, além d'isto, passam para o dominio da pathologia bor transições imperceptíveis. O C. p., art. 51, as designa como estados de «inconsciencia». Mais exactamente diremos «perda ou obscurecimento da Consciência em alto gráo», que faz apparecer perturbada a regular aptidão do agente para deter-minar-se por meio de representações. A esta categoria pertencem a embriaguez, o desmaio, o somno, a chamada «embriaguez do somno», a suggestão hypnotica (⁷).

(^T) Segundo o art. 49 do C. p. mil (como já dispunha o direito 5 commum), nas acções puníveis contra os deveres da subordinação militar, bem como em todas as acções puníveis comraettidas por occasião do serviço, a embriaguez devida á culpa do agente não é circumstancia attenuante. Cons. Becker, 100, 106. <~}£ I

§ 38. —Do dolo

LITTERATURA. — Berner, *Imputationslehre*, 1843; I mesmo, *Die Teilnahme und die Kontroversen über Dolus und Culpa*, 1847; Krug, *Dolus und Culpa*, 1854; Gessner, *Begriff und Arten des Dolus*, 1860; Bupp, *Modernes Recht und Vernehmung*, 1880; Lucas, *Die subjektive Vernehmung im heutigen Strafrechte*, 1883; Binding, *Normen*, 29, 209 403; Ortloff, G. S., 34?, 401; Heitz, *Das Wesen des Vor-, satzes*, 1885; Bünger, Z., 69, 293; v. Buri, G. S., 419, 408; Franck, Z., 109, 169 (importante) e v. Buri, G. S., 43, 241; Havenstein, G. A., 369, 37; Luther, G. S., 369, 446; Kohler, *Bludien*, 19, 67, Ortloff, Z., 14, 16: (contra Frank).

I. — O resultado é, antes de tudo, imputável, quando o acto é doloso, isto é, quando o agente o pratica, apesar de prever o resultado. Dolo (*) é pois a representação da importancia do acto voluntário como causa (representação da causalidade) ⁽²⁾.

(¹) A expressão dolo (*Voraatz*, médio alto allemão *Fora*, *Oe-§ fährde*) não é grammaticalmente bem escolhida. 1.º. Nas fontes me-dievaes da Allemanha do Norte até o século XVII (ver, por ez., 9 direito municipal de Lubeck, 1586, 4.º liv., 16; Frensdorff, *Verfaaaung* von Lubeck, 161, e também John, *Strafrecht in Norddeutschland*, lôijfl *Voraatz* significa um delicto especial, diiSeil de definir; na Allemanha meridional *Furaatz* é synonymo de «animo deliberado», e portanto da? premeditação. 2.º—O *dolua malua* do direito romano é intenção anti-jurídica e nada tem de common com o moderno dolo. 3.º — Também a linguagem dos nossos dias vacilla; os vocábulos *dolo* e *intenção*, de um lado, e, de outro, *vontade* e *dolo* são frequentemente empregados como equivalentes. Prova disto nos dá a falta de segu'-rança com que o C. p. se expressa, como advertiremos no texto. 4.º— No art. 49 do C. p. mil. o vocábulo dolo é empregado em contraposição a *receio do perigo* (!). Por isso mesmo muito importam á sciencia uma definição firme e uma linguagem uniforme.

(²) A denominada *theoria da representação*. De accordo no essencial (como anteriormente Bekker, *Trat.*, 278) Ziebarth, 342, Baum-

Consequentemente a idéa do dolo compreende :

1.º — A representação do acto voluntário mesmo, quando este corresponde á idéa de um crime determinado, quer sob a sua forma ordinária, quer sob] uma forma mais grave;

garten *Versuch*, 193, 349, Lass, *Haftpflichtrecht*, 1890, p. 70, Kohler, *IStudien*, 1.º, 70, Friedlander, *Z*, 11, 400, v. Lilienthal, 45; mui resolutamente também o Trib. do Imp., dec. de 24 de Novembro de 86, 16.º, 363, e 26 de Outubro de 88, 18.º, 167 ; mas antes de todos Franck Em sentido contrario, a opinião dominante accentúa a *volição* da acção, inclusive o resultado (*theoria da vontade*). Cons. entre outros v. Meyer, 202, Búnger, *Z*. 6.º, 839, "Weissmann, *Z*., II.», 80, recentemente Ort-loff, *Z*., 14.º, 161 (contra Franck). O inconveniente d'esta doutrina está na falta de clareza de sua idéa da vontade, na consequente confusão do dolo e da intenção. Cons. especialmente Franck (que faz sentir o serviço prestado pela escola hegeliana, elucidando esta idéa). No sentido do presente tratado *vontade* significa a tensão dos músculos, o que se quer é sempre o movimento corpóreo, nunca o resultado. (Ver acima o | 28, nota 3.^a). Quanto ao mais, os resultados práticos das duas tUeorias não divergem tanto como poderia parecer £ primeira [vista. (^a)

(•) Segundo a *theoria da vontade*, o dolo consiste em querer o Jacto e o resultado. E' esta a theoria dominante, que sob variantes e formulas diversas so encontra nos tratados e nos cod. Ver *apud* Suin-derem, *JEsguisse de droit penal*, 1.º, p. 174, o resumo das doutrinas dos mais notáveis criminalistas allemães, e *apud* Aliraena, *Dell'imputabi-šlità*, 1.º, parte 3.», cap. 2.º, o exame dos Cod. modernos. Segundo a *štheoria da representação*, o dolo consiste na representação do resultado [e da relação de causalidade entre este e o acto voluntário. *Querido é* fsomente o acto (a resolução e o movimento muscular); *desejado e in-š* [tencionado pôde ser o resultado. A intenção desig a o fim que o agente visa, o motivo que determina a sua resolução, e por consequência é elemento distincto do dolo. Este pôde dar-se ainda quando o agente não tenha por fim ou movei de sua acção o resultado. A theoria da representação evita assim toda dubiedade e equivoco na lingungem, e ao ■ mesmo tempo introduz a clareza e a precisão em uma materia em que, ■ pôde se dizer, é tradicional a confusão. N. do trad. 1^3

2.º — A previsão do resultado, quando este é necessário para a idéa do crime;

3.º — A representação de que o resultado será effeito do acto voluntário, e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma.

E' por ahi que o dolo se distingue do desejo. Este suppõe a representação de mudanças futuras, mas não a representação da relação causal entre a acção presentemente emprehendida e taes mudanças») Eu posso, por exemplo, desejar (sem me propor a| fazei-o) que o meu inimigo pereça em uma viagem) por via férrea ou ás montanhas a que o determinei,) ou que o raio fulmine a arvore sob que elle se col-locou a conselho meu; bem como é meu desejo, e não meu dolo, tirar a sorte grande por meio do bilhete que comprei. Aqui não se concebe o acto próprio como uma circumstancia que se accrescenta ás. condições dadas, e consequentemente como causa,) mas suppõe-se que taes condições possam evêntuaH mente occorrer.

De accordo em substancia com a definição acima] dada, mas de um modo muito menos expressivo, póde-se dizer: o acto doloso é a consciente reali-1 sacão de todas as circumstancias que caracterizam o crime ⁽³⁾.

II. — Assim dá-se o dolo:

1.º — Quando o agente *tem em vista* o resultado, | isto é, quando a previsão do resultado é o *motivo*] do acto; quando o agente emprehende o acto por j *causa* das mudanças que elle operará no mundo ex- | terior, quando essas mudanças são o fíto, a sua pro-

⁽³⁾ A's mais das vezes o C. p. emprega a expressão sciente-mente, ou de má fê, em relação ás circumstancias características do crime. Ver os arts. 144, 158, 257, 278, 275, 287; 181, 171, 338; 164,) 187, 189, 278; 127, 259, 845 e 358.

dução o *fim* do acto (ver a p. 199), quando o resultado é proposto ⁽⁴⁾. Muitas vezes a legislação imperial contempla nas suas qualificações a intenção como circunstancia característica do crime, mas em taes casos o legislador não se expressa sempre do mesmo modo. Ora diz: «quem na intenção» ou «quem intencionalmente...»; ora: «quem para o fim...»; ora: «quem para,...» ⁽⁶⁾, Em todos esses casos o sentido que o legislador liga áquelle vocábulo deve ser objecto de attento exame. Não raro a «intenção» no sentido da lei é a mesma intenção no sentido em que tomamos este vocábulo; mas também não é raro (como, por exemplo, no art. 266 do C. p.), que a lei queira significar somente a previsão do resultado |e portanto simplesmente o dolo.

Qualquer regra geral seria errónea; a questão de saber si a lei exige a intenção ou o dolo só pode ser resolvida em relação ao crime dado.

Devemos pois referir-nos á parte especial da nossa exposição.

2.º — Mas dá-se também dolo, quando o agente prevê o resultado, embora essa previsão não seja o motivo do seu acto. Quem toma parte em um empréstimo levantado por um Estado em guerra com a Allemanha, sabendo que d'este modo concorrerá para augmentar a força de resistência do inimigo,

• (*) De accordo em geral o Trib. do Imp. W porém criticável a decisão de 22 de Setembro de 1893, 24.º, 225 (intenção equivalente á previsão do resultado considerado necessário), intenção esta que se confunde com o caso do dolo mencionado no texto sob II, 2 A.

(⁵J Ver o C, p., art. 124, 143, 146, 242, 249, 263, 265, 266, 267, 268, 272, 274, 281, 307, 346, 349; — os arts. 129, 147, 151, 177, 191, 285, 267, 270, 273; — os arts. 87, 146, 229, 234, 236, 237, 252, 267, 298, 807, 334, 842; — os arts. 81, 105, 114, 122, 159 (»).

(^b) Ver os arts. 118, 119, 129, 140, 148, 144, 146, 167, 189, 193, 206, 214, 215, 262, 270, 277, 880 do C. p. braz. N. do trad. I "> V

commette dolosamente uma traição contra o paiz,' comquanto o motivo do seu acto seja somente o lucro resultante da operação; quem sabe que a ma-china infernal collocada em um navio, explodindo, sacrificará muitas vidas, commette dolosamente o crime de homicidio, embora o movei do seu acto seja somente lucrar a somma que faz objecto do seguro; a meretriz que, sabendo estar accommettida de syphilis, entrega-se por amor do lucro, faz-se culpada de oífensa dolosa á saude, etc.

Cumpre, todavia, distinguir:

a) o dolo dá-se incondicionalmente, quando o agente tem por certo (necessário) o resultado; b) condicionalmente, quando o agente o considerava somente possível, comtanto que a convicção de produzir-se o resultado com certeza não o demovesse da pratica do acto, e portanto quando, como bem podemos dizer, o agente *presta a ma annuencia* ao resultado (o denominado dolo eventual) ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾.

(•) Stooss, -Revista suiasa do direito penal, 1.º, 526; dec. do Trib. do Imp. de 19 de Fevereiro de 1891, 21.º, 411. O denominado dotà eventual é também dolo. No essencial é o ponto de vista do Trib. do Imp. (mas, como Olsbaussen observa, § 164, nota 7, o tribunal nSoJ admite o dolo eventual, quando a lei exige que o agente tenha p? cedido de má fé; cons. adiante o que se diz sobre a calumnia). Contra] a tendência a ampliar ainda mais a idéa, ver Franck, 1. c. (também Seuffert, proj. ital., 146). Completamente confuso Horn, *Kausalitäts-§ iegHff*, 99 e seg., que não pôde distinguir entre culpa e dolo eventual.

(°) Quando o agente prevê um certo resultado, sem que o seu fito ou intenção seja precisamente causal-o, esse resultado pôde ser previsto como necessário ou como possível. Na 1.ª hypothese, ambas as theorias (a da vontade e a da representação) admittem o dolo, como no caso Tbomas acontecido no porto de Bremen em 1875 (catastrophbd determinada pela explosão de uma macbina infernal para a destruição de um navio seguro). Na 2.ª hypothese porém, surge uma das mais graves questões de direito penal, pois trata-se de traçar a linha divi-

III. — Do que fica dito em ultimo logar já se conclue que a representação do resultado da acção pôde ser mais ou menos determinada, com quanto não deva ser completamente indeterminada nem possa comprehendêr todas as particularidades ⁽⁷⁾. O agente deve conhecer em geral os anneis da cadeia causal a que por um acto de vontade deu impulso ou cujo movimento não impedio, dominar com a vista o seu desenvolvimento, representar-se o seu effeito. A representação do resultado deve ser determinada nos traços característicos para que, como tal, se distinga do desejo e da esperança. Mas essa determinação, [cujo grau inferior não é susceptível de ser fixado de modo invariável mediante uma formula geral, [pôde ser mais ou menos precisa: todas as pessoas

soria entre o dolo e a culpa. Em rigor it *theoria da vontade* só pôde admittir culpa; mas como esta consequência nem sempre estaria de accordo com o sentimento jurídico, procurou-se evital-a, excogitando a *theoria do dolo indirecto*, da *culpa dolo determinata*, de grãos intermediários entre aquella e este. A *theoria de representação* admittit ora culpa, ora dolo. Si Guilherme Tell ferisse o filho, diz van Hamel, dever-ee-hia (ahstrahindo do estado de necessidade) admittir somente culpa, mas si o rei de Dahomey, exercitando-se do mesmo modo sobre um escravo, o matasse, dever-se-hia reconhecer que a morte fora dolosamente causada. O que serre de critério para a solução é esta regra: é dolosamente causado o resultado, de cuja possibilidade o agente tem consciencia, si, supposta a representação do resultado como necessário, tal representação não o demovesse da acção. Esta condição, continua Telle, demonstra-se, por ex., pela consciencia da alta probabilidade do I resultado, pelo desprezo de todas as cautelas, pelos hábitos do agente, l etc, de sorte que a regra é pratica e theoricamente justa (1.º, p. 270).]•• Cumpre entretanto notar que n'esta parte também a *theoria da representação* tempera o rigor de suas conclusões. H". do trad.

⁽⁷⁾ Cons. Binding. *Normen*, 2.º, 412 ; Zittelmann, *Irrtum und HtchUgeechâft*, 438, 524; Ligwart, *Begriff dia Wollens*, 194; Hal-schner, 1.º, 285 e seg., Trib. do Imp., dec. de 29 de Março de 1882, j 6.º, 146. n<^

que beberem desta fonte, o autor a mim desconhecido de uma noticia de jornal que me é offensiva,} o viandante que se aproxima do caminho, as couiasf encerradas no armário a arrombar de que nenhum, outro conhecimento tenho, são objectos sufficiente» mente determinados do meu dolo. Costuma-se qua-j lificar de *ãolus indeterminatus* o dolo não determinado | em relação a todas as particularidades (mas não de| todo indeterminado).

A hypothese de um dolo indirecto, pelo con-| trario, deve ser decididamente abandonada. Segundo a concepção do direito commum, dá-se o *dolus indi-§ rectus*, quando o agente, com a pratica do crime, dá causa a outras consequências que não previra, mas| que resultaram de facto e que talvez devessem facilmente delle resultar (assim a offensa physica dej que resultou a morte deve ser punida como homi-l cidio doloso). Esta hypothese cae com a consideração] de que mesmo o *versari in re illicita* não pôde converter em resultado representado um resultado não representado ⁽⁸⁾.

(⁸) O *doUts indirectas* deve a sua origem ás necessidades da ad-| ministrarão da justiça, a que a *theoria da vontade* (acima nota 2?) não estava em condições de attender. Já defendido por Carpsov e por Leyser, predominante depois da dissertação sobre o *homicídio ex wíM lientione indirecta commissio* de v. Nettelblatt-Glanzer (1756, 3? ed.j H 1772), debalde impugnado por Böhmer, encontra-se o dolo indirecto na*| sciencia e na legislação do século XVIII, ora como uma regra legal sobre a prova (o cod. bavaro de 1751, o direito commum prussianno, 1 27), ora como uma modalidade especial da culpa (a *culpa aquiescente* de Soden, a *culpa dolo determinata* de Feuerbach) e conserva-se ainda no direito vigente da Rússia e da Áustria (ver Z., 8.º, 348). O seu ultimo producto na legislação penal da Allemanha é o resultado <|omo condição de uma penalidade mais grave (ver acima o § 86, nota 6, bem como Wacaenfëld, *Mord und Totschlag*, p. 24).— Todos as outras modalidades do dolo que nos foram transmittidas pela sciencia do direito com-

gj IV. — O dolo refere-se á acção considerada como producção ou não impedimento de uma mudança no mundo exterior, como acontecimento que cae sob os

bum são na melhor das hypotheses inúteis, e pela maior parte, como o *dolua indireetua*, não passam de exaggeros da idéa, próprios a induzir em erro. Assim a hypothese do chamado *dolua aubaequena*, isto é, de 11 m dolo que se segue ao acto culposo e o affecta ulteriormente, é de todo inadmissível. O mesmo se deve dizer do *dolua generctlia* de Weber (1825), modalidade do *dolua antecedais* : dá-se quando o agente, suppondo erroneamente já ter consumado o crime, pratica uma outra acção para encobrir os vestígios do facto etc. e só então produz o resultado que primitivamente elle se representara. Perguntamos : todos os actos pareiaes podem ser concebidos como uma única acção, cujo curso se desvia da representação do agente apenas em pontos que para elle não são essenciaes ? Si é este o caso, não se faz mister, para a imputação do resultado, a hypothese de uma modalidade especial do dolo; si não é este o caso, tal hypothese não pode reduzir a unidade actos diversos e independentes ^(d).

(^a) O *dolua indireetua* assenta sobre esta supposição—quem, por um acto voluntário, causa um mal maior do que o intencionado ou diverso do intencionado, *indirectamente o quer* — e nada tem de comm um com o *dolua indeterminatus*, que comprehende o resultado produzido de um modo mais ou menos determinado, isto é, ou eventualmente (ferir, ainda que mate) ou alternativamente (ferir ou matar, offender a Pedro ou a Paulo). Quanto ao *dolua generalis*, assim se chama a intenção que converte em uma unidade, dados certos requisitos, vários actos do mesmo agente. Dá-se, quando alguém pratica um certo acto com intenção criminosa e, suppondo erroneamente ter conseguido o resultado e realizado a sua intenção, pratica um novo acto que vem a produzir o resultado a principio intencionado. A mãe, por ex., intenta suffocar o filho recém-nascido, e, suppondo que o suffocara, enterra o pretendido cadáver para occultar o crime, e só por este ultimo acto causa a morte do fliho. Em taes casos alguns criminalistas (Weber, Kóstlin, v. Schwarze) baseam-se no *dolua generalis* para reduzir os actos a uma unidade e lançar á conta do dolo do agente o ultimo acto, como consumação do crime. — Com a denominação de intenção indirecta, a doutrina do *dolua indireetua* teni-se perpetuado no nosso direito penal • ainda é mantida no proj braz., art. 31, | 1.º N. do trad. Cf 6

sentidos j não se refere porém á *importancia juridòM* da acção. Comprehende as circumstancias éspeciaéêl que constituem o crime em questão, e não os requis sitos geraes do crime (⁶); e dentre aquellas circumstancias não comprehende mesmo as que ficam fora] da acção, por serem condições de punibilidade ou v&§ quisitos processuaes (adiante § 43). O dolo nada tem que ver com a efficacia das leis penaes, a im-putabilidade, o propósito e a negligencia mesma, a tentativa e a consumação do crime, a autoria e a cumplicidade, a unidade e a pluralidade no crime. Sobretudo não comprehende a *consciencia da illegalidade*: é uma completa inversão de idéas vêr justamente n'isto a essência do dolo. (⁹) Esta these será desenvolvida adiante (§ 40).

(*) *Thaibestand* é no direito penal o conjuncto das circumstancias que oaracterisam e constituem o crime. Distingue-se em interno e externo (ou subjectivo e objectivo) e em geral e especial. O geral é o conjuncto dos caracteres, que assignalam a idéa do crime e por isso é tratado na parte geral do systema; o especial é o *corjnts delieti* de um crime dado, o conjuncto das circumstancias que o constituem e pelos quaes elle se distingue de qualquer outra espécie de deliuto. N. do trad-

(⁹) Assim a regra já acima enunciada (§ 31, II, 4) — a illega" lidade da acção deve ser apreciada de um modo exclusivamente objectivo — nos apparece como corollario de um principio geral e ao mesmo tempo sob uma luz nova e mais brilhante. Evitar-se-hiam os nume- j rosos equívocos que o exame da regra em questão tem" suscitado na litteratura moderna, si se tivesse tal connexão em vista. Decisivo é saber-se que, nas duas formas da culpa (o dolo e a culpa propriamente dita), o que está em questão é a relação entre as representações do agente e o crime como acção, isto é, como producção de uma mudança no mundo exterior. Isto torna-se ainda mais evidente, quando se considera que o dolo e a culpa apparecem do mesmo modo não só no campo da acção illegal, senão também no da acção juridicamente in-differente. Não é só o ladrão que pôde matar dolosa ou culposamente a caça, também o pôde fazer quem está investido do direito de caçar; não é somente a cousa alheia movei que eu posso destruir dolosa ou

k § 39. — Continuação. Do erro

LITTEBATUBA. — Além das obras mencionadas no paragrapho anterior, Pfotenbauer, *De delicto per errorem in persona commisso*, 1828, o mesmo, *Der Einfluss des Irrtums auf die Strafbarkeit*, 1838-39; Laden, dissertações, 2^o; Stockar, *Die Lehre von der J berrai ion*, 1864.

I. — Erro é a *não conformidade* entre a representação e a realidade; é portanto, em direito penal, a não conformidade entre a representação do agente sobre a importancia do acto voluntário como causa ou não impedimento do resultado e o *curso real* dos acontecimentos. Logo o erro, até onde elle alcança, impede que se lance á conta *do dolo do agente, quer do acto voluntário, quer o resultado*.

S Mas, assim como não é necessário que o dolo verse sobre todas as particularidades concernentes ao desenvolvimento da cadeia causal (acima, p. 146), também não se faz mister, para que o resultado produzido possa ser attri buído ao dolo, uma plena conformidade, no tocante a todas as particularidades, Q entre o curso representado e o curso real dos acontecimentos. A representação das mudanças que o jacto voluntário causará ou não impedirá e essas mudanças mesmas devem, é certo, corresponder-se; mas não é necessário que se correspondam em todas as

I culposamente, senão também a minha própria cousa. W **muito** frisante J, o art. 702 do Cod. do Com. (sobre isto Binding, l.^s, 309). Justamente | por isso costumava-se outr'ora accrescentar ao dolo o qualificativo *mão*, § *dolus malus*.

Cons. os seguintes paragraphos.

(^o) O art. 707 do C. do Com. ali., tratando dos damnos cau-

I sados ao navio e á carga pelo capitão para salvação eoromum, em-l

[prega o adverbio *vorsätzlich* (dolosamente) no sentido de voluntariamente, propositalmente. N. do trad. i ■* r» I

particularidades, embora não essenciaes, e sim somente nos pontos que o são. 86 o erro concernente à *vm* ponto *essencial* exclue o dolo.

Consequentemente a não conformidade entre a representação do curso da acção e o curso de facto produzido não inibe que se impute o resultado ao dolo do agente, quando o desvio é apenas concernente a alguns pontos, e esses não são *essenciaes* em relação á acção considerada no seu conjunto.

Assim, ao nosso ver, dar-se-hia homicídio doloso nos seguintes casos: um individuo, armado de um revolver carregado e na intenção declarada de matar, precipita-se sobre a sua amante; na luta esta toca o gatilho da arma e fere-se mortalmente. — A lança B da ponte para afogal-o; B bate de encontro ao pilar da ponte e esmaga o craneo. — O ladrão de caça aponta a arma contra o caçador para matal-o; este salta instinctivamente e despenha-se no abys-l mo ^(x). — Não se dá consumação do furto qualificado, si o ladrão, procurando na caixinha fechada um certo documento, encontra ahi 10.000 marcos *i*§ delles se apossa.

Uma circumstancia pôde porém converter-se em *essencial*, quando sobre ella versa o dolo do agente! de um modo precisamente determinado, *excluídas dal representação todas as outras circumstancias correspondentes* (A quer devolver uma injuria a B pelo tele-phono, mas acha-se por engano em communição * com C e o insulta). Isto não é somente verdade, quando o agente considera inteiramente excluída a. importancia da acção em relação áquella circumstancia, senão também quando suppunha depender sempre de si prevenir o resultado e portanto quando

(¹) A respeito deste caso, que toca o extremo limite, são d« outra opinião Lõning, 84, v. Meyer, 206, v. Rohland, *Qefahr*, 72,] nota 2.

a previsão da realização do resultado o teria demovido de empreender a acção.

I II. — A ignorância de uma circumstancia essencial ao crime exclue pois absolutamente o dolo (acima, p. 272, texto a que se refere a nota 3*.) Com toda a clareza dispõe o art. 59, al. 1.º do Cp.:

«Quando o autor de uma acção punível não conhecia, ao tempo em que a praticou, a existência de circumstancias que a lei inclue na qualificação do crime ou que agravam a criminalidade, essas circumstancias não lhe serão imputadas » (A). W Não si dá pois furto doloso, se eu ignorava que a coisa pertencia a outrem; não se dá parricidio, si eu não sabia que a victima era meu ascendente. O erro relativo, porém, a um dos outros caracteres do crime, e especialmente o erro relativo á illegalidade da acção (ver adiante o § 40), em regra, não é tomado em consideração.

Entretanto a supposição errónea de que se dá uma das circumstancias características do crime pôde occasionar uma tentativa impossível. Exemplo : tomo

(*) Conhecer as circumstancias de que fala a lei, pondera Ols-bausen (59, 12), não quer dizer *ter sciencia* (*scire*), isto é, a convicção apoiada em circumstancias objectivas, e sim designa somente o facto do agente represental-as de um modo correspondente á verdade ou tel-as por possíveis (*cogitare*), sem convicção subjectiva. Basta pois o ídolo eventual, isto é, basta a sciencia por parte do agente de que o resultado, de cuja causação a lei faz dependente a applicação de penas, pôde ser produzido pelo acto em questão, uma vez que o agente convenha nesse resultado, caso elle se produza. Nesta conformidade não é necessário para a punição o absoluto conhecimento de todas as circumstancias constitutivas do dolicto, mas somente o tel-as por possíveis sob aquelle presupposto; e, por outro lado, não se segue a impunidade, porque o agente não as conhecesse, mas somente porque não laborara em duvidas a tal respeito. Neste sentido a opinião *commun. N.* do trad. |j y

a minha coisa por coisa alheia, um estranho por meu ascendente (cons. adiante o art. 47) ⁽²⁾.

III. — Em todos os casos de erro não ha quê distinguir si o erro consiste na inexacta apreciação dos *factos* ou na errônea intelligencia das *disposições* de *direito* em questão, ou finalmente na errônea *ap-§ plicação destas áquelles*, na errônea comprehensão dos *factos* sob a lei (subsumção). Com razão o C. gj não admite a distincção entre o erro *de facto* e erro *de direito*. Desapparece assim a distincção entre o *erro de direito penal* e os demais casos de erro de direito ⁽³⁾ ^(b).

(¹) Errôneo é adinittir-se nesta parte, como faz Olshausen, § 69 J 26, um *delicto putativo* (adiante § 40, nota 6), e portanto uma impiedade que não soffre excepção.

(⁸) De accordo no essencial Binding, *Normen*, 2.º, 607, Lõningji 3ti, Other, 83, e especialmente v. Bar, G S., 88, 270 e Ortloff, *Strafbarkeitaerkenntni*», IH, nota 2. Em sentido contrario o Trib do Imp. tem admittido em varias decisões, de accordo com a opinião commum, que o erro relativo á lei penal não tem influencia, mas que aproveitai qualquer outro erro de direito, bem como o erro de facto. Entretanto a letra do art. 59 (circumstancias que a lei inclue na qualificação do crime) mostra que também nelle se comprehende a denominada *subsumção-§*

(^b) Una entendem que o art. 59 do O. p. ali. refere-se somente ao erro de facto, deixando o legislador á theoria a solução da questão sobre a influencia do erro de direito. Outros entendem que o art. 59] não faz distincção entre o erro de facto e o de direito, e sim dispôs em geral a respeito do erro que recae sobre as circumstancias compre-bendidas na qualificação legal do delicto. Mas dentre os que limitam o] art. 59 ao erro de facto, muitos consideram como tal todo erro que se refere a disposições de direito pertencente a qualquer outro ramo qoaj não seja o direito penal. Assim o Trib. do Imp. em numerosos julgados tem reconhecido que a «ignorância de uma norma não pertencente ao direito penal ou o erro sobre normas do direito civil ou publico está comprehendida no art. 59». Contra esta distincção entre erro de facto e erro de direito pronunciam-se Hálschner e Olshausen, que »j qualificam de completamente arbitraria. « Não se comprehende, di*

IV. — Os princípios estabelecidos são plenamente suficientes para a solução de todas as questões sobre erro concernente á importancia da acção como causa. Nenhuma razão justifica conservar-se a doutrina escolástica da *aberratio ictus* e do *error in objecto* ou *in persona*, distincção esta que, como toithese, era estranha ao direito commum e só tate século (por intermédio de Pfotenhauer) ad-ruirio foros de cidade.

II.º — Segundo a opinião dominante, dá-so a *W/ratio ictus*, quando produz-se um resultado di-Perso do representado pelo agente e essa aberração lo resultado é referivel a circumstancias exteriores. íeste caso entende-se que não se pode imputar o Quitado produzido, e que se deve admittir o con-pBo de um crime dolosamente tentado com um Rrne culposamente consumado. Esta solução é falsa. la hypothese figurada tem também applicação o rincipio acima estabelecido, segundo o qual só se pve ter em conta a não conformidade essencial ktre a representação e o resultado, de sorte que a ^putação do resultado ao dolo do agente ora é Sadmissivel, ora inevitável. Si o ladrão de caça fez |mtaria sobre a mais bella cabeça de um rebanho camurças, mas em consequência da *aberração* do fo ferio uma outra cabeça de qualidade inferior, írtamente não se pode considerar essencial esta não pforniidacle entre a representação e o resultado.

pbausen (69, 1 e 30), porque o erro sobre uma materia não pertence ao direito penal não deva ser considerado como erro de direito, sim como erro de facto. Si semelhante erro exelue a culpa, como

[reconhece por esta interpretação restrictiva do principio « error júris pet», a lógica exige que se dê o mesmo effeito ao erro no campo direito penal, e portanto ao erro, em virtude do qual um acto qua-

Icfdo criminalmente seja tido por licito, isto é, por não illegal vb-ptivâmente ». N. do trad. i"4



O mesmo deve-se dizer, si em uma rixa geral |f taberna o golpe recahio sobre outro individuo que não o adversário que o agente tinha em vista.

2.º — O *error in persona (in objecto)* dá-se, segundo a opinião dominante, quando o resultado realiado em relação a outro objecto que não o re sentado é referivel a um *erro* (equivoco) do agente. Entende-se que neste caso o erro deve ser sempre considerado como não essencial, e o resultado sempre attribuido ao dolo, uma vez que os dois objectos em relação á figura criminal em questão, sejam da mesma importancia para o direito penal. Esta doo» trina é menos duvidosa do que a mencionada sob o numero 1. Considere-se entretanto o caso em que o agente, querendo subtrahir uma caixinha com doeu* mentos para elle importantes, subtrae uma outra em tudo semelhante, mas que contem papeis de credito* Em todo caso intrinsecamente não se justifica á distineção de princípios entre a *àberratio ictus* e o *error in persona* ou *in objecto* (*).

1 § 40 — A consciencia da ilegalidade

LITTEBATUBA. — Oetker, *EinfLuss ães Bechtsirrtums*, 1876 ; Binding, *Normen*, 2, 60, 310 ; Zitelmann, *Irrtum uni BechtsgescMft*, 1879; v. Bar, G S., 38?, 252; Hálschner,

(*) O Trib. do Imp. aceita o ponto de vista da opinião commum. Ver a ultima decisão de 25 de Abril de 89, 19.º, 170. — O direito commum — como as leis barbaras e as compilações — , tratou sempre a aberração do mesmo modo que o erro sobre a pessoa (por exemplo o *Landrecht* prussiano de 1721) e, apoiado em Clarus e Carpsov (Const, sax., 4.º, 6) admittia a existência de um crime doloso consumado (menos severamente Dambonder entre outros). O cod. austriao» de 1852, art. 134, ainda equipara expressamente ambos os casos, que a sciencia franceza também não distingue. Sobre a praxe húngara, ver Z., 9.º, 554.

K?, 250; Heinemann, *Die Bindingsche Schiäddlehre*, 1889 ; b mesmo, *Zntr DogmengeschicMe äes Bechtsirrturns*, Z., 13?, 71; Ortloff, *Die StmfbarJceitserJcenntnis ais Schuldvorau-metzung*, 1891.

I I. — Segundo o que fica dito, é fora de duvida Ique a idéa de dolo não eomprehende a consciencia Ida ilegalidade (¹). Também não se pode, em geral, frigrir, além do dolo, a consciencia da ilegalidade, pmo um requisito independente que a este se ac-prescenta. Uma tal exigência, que no ponto de vista na theoria da coacção psychologica tem cabimento ver acima o § 12, nota 3.^a), paralysaria—e esta é a pazão decisiva — a administração da justiça, impon-Ko-lhe o encargo de provar, em cada ca3o ocurrente, fcue o agente conhecia o preceito violado. Este re-aquísito é tanto mais inadmissível quanto nenhum apoio encontra na lei (²), e está em formal oppo-niçilo á opinião commum de todos os tempos (³).

(¹) Em sentido contrario especialmente Binding, *Normen*, 2.º, 403 ■ue define justamente o dolo como *vontade conscientemente contraria pp direito*. Seguem-no Oetker, Olshausen, Hammerer, *Der Einfluaa dea wtechtairrtuma auf die Bestrafuna*, 1890, bem como Eisenmann, B-, 18.º, 459, que nenhuma razão dá.

(²) Que não se pode invocar a este respeito o art. 69 do C. p., j\$!omo pretendem Binding, Ortman, Oetker e outros, resulta indubitavelmente da letra da lei (*circumstancias*) e também é expressamente Reconhecido tanto por Olshausen, § 69, 30, como por Hamnier, 80. Bons. Heinemann, 122, bem como a decisão do Trib. do Imp. de 81 B Janeiro de 90, 20.º, 198, e sobre ella Franck, Z., 12.º, 281.

. (³) O Trib. do Imp. tem adoptado, de um modo cada vez mais Resoluto, a doutrina do texto. Cons. as decisões de 19 de Fevereiro W» 86, 12.º, 276, 17 de Janeiro de 87, 16.º, 168, e 28 de Maio de 89, ■S.º, 262; muito positiva a de 18 de Maio de 90, 20.º, 893 (duvidosa Hpelo contrario a de 80 de Janeiro de 91, 21.º, 818, penúltimo *aliena*). ■Igualmente Berner, 243, Geyer, 1.º, 111, v. Meyer, 198, v. Wächter, ■46, e G 8., 16.º, 66, Lucas, *Subjective Verschuldung*, 66, Köhler, *WPntentrecht*, 681, *Markenactutz*, 356 fnos seus *Studien* diz bastar a

II. — Mas esta regra soffre uma importante excepção. Sempre que a lei inclue na qualificação do crime a illegalidade como característico, deve exigir, por parte do agente, a consciencia da illegalidade (*). Cumpre então, com desvio dos princípios que serão desenvolvidos sob o n. III, 2, ter em conta a suposição errônea do agente de não ser illegal o acto. Convém lembrar também que algumas leis accessorias contêm disposições especiais sobre a influencia do erro de direito (⁶).

apathia jurídica), Bruck, *Fahrlässigkeit*, 22, Heitz, *Voraaiz*, 16, Simon, G S., 82.º, 425, v. Bar, G S., 38.º, 252, Weismann, Z., 11.º, nota 196, Stooss, *Grundzüge*, 1.º, 202, van Calker, *Befehl*, 24, e especialmente Heinemann, 11.º, que acompanha a questão em todos os períodos do seu desenvolvimento historico-dogmatico. — Os adversários divergem entre si; uns exigem a consciencia de que a acção é injuridica, outro* de que é punivel, ou incompatível com o Estado ou ante-social, ou contraria ao dever, ou offensiva da norma ou digna de pena. Merkel, 68, quer a possibilidade da consciencia de ser a acção contraria ao dever; Janka, 106, a consciencia da possibilidade de ser a acção injuridica. Cons. Hälschner, 1.º, 198, 258, Löning, 31, 85, Bänderfgrjjj *Normen*, 2.º, 403, Olshausen, § 59, 16 e 30, Bunger, Z., 6.º, 340,» v. Buri, *Kausalität*, 86, Ortloff, G S., 24.º, 410 (bem como na obra-acima mencionada), Seuffert, Proj. ital., 144, C. p., 1.º, 78.

(*) Cons. acima o § 81, nota 5, onde se explica a razão desta excepção feita pela lei. Semelhantemente o Trib. do Imp.; a ultima decisão é a de 26 de Março de 89, 19.º, 209. No mesmo sentido Brochert, *Verantwortlichkeit*, 28, TViedländer, Z., 11.º, 400, van Oalker, *Befehl*, 24, v. Lilienthal, 46. Cons. especialmente Heinemann. BÍ sentido contrario recentemente Kronecker, G S., 38.º, 495, Luca *Verschuldung*, 60, Stoos, Revista Sui.-sa de d. p., 1.º, 524.

(⁵) Art. 163 da lei sobre a união aduaneira: «a ignorância da disposições desta lei e das disposições administrativas, que nella se basearem, devidamente publicadas, a ninguém aproveitará nem mesmo ao estrangeiro». — Art. 18, al. 2.º, da lei sobre a contrafacção: «não se applicará a pena da contrafacção, quando quem emprehender a contrafacção proceder de boa fê em razão de um erro de facto ou de direito excusfl

III. — Recebe agora a sua verdadeira intelligencia a regra que acima firmamos (§ 31, II, 4), isto é, não se dando alguma das excepções a que se refere o n. II, o requisito da illegalidade deve ser examinado de um modo rigorosamente objectivo, sem se ter em attenção a boa ou má fé do agente. Esta regra tem importancia sob dois diversos pontos de vista.

1.º — A supposição errónea de que é illegal a acção em si não illegal não prejudica o agente. O *§erime putativo* não é crime nem tentativa de crime (crime falho) ⁽⁶⁾.

vela. Semelhantermente as leis sobre os direitos de autor de 9, 10 e 11 de [Janeiro de 1876. Sobre o art. 198 do O. p., ver a parte especial ⁽¹⁾.

(*) A questão de saber si o dolo ou a culpa deve também referir-se á illegalidade da acção, isto é, si o delinquente deve também 1º conhecer ou ter podido conhecer a illegalidade da acção que pratica, divide os criminalistas allemães em três grupos. Pertencem ao 1.º os que consideram a consciencia da illegalidade como um requisito geral, de sorte que o *error júrís* aproveita. Entre esses figura Binding, que deu novo interesse á questão com a sua theoria das normas. Segundo a sua doutrina, «o dolo caracteriza-se como volição de uma acção, apesar da representada contradicção com a norma, sob que incide»; é í pois o *dolus malus* dos Romanos. Ao 2.º grupo pertencem os que, como o autor, se collocam no extremo opposto: o delicto não é a vontade de praticar o mal, mas a vontade de fazer ou deixar de fazer (alguma cousa que a lei proíbe ou ordena, e portanto a illegalidade da acção deve ser verificada objectiva e não subjectivamente, salvo quando a própria lei inclue na qualificação da acção a illegalidade como circumstancia constitutiva. Ao 3.º grupo pertencem os que seguem opiniões medias, como H. Meyer e v. Wächter: o primeiro considera necessaria a consciencia da illegalidade nos delictos que consistem na offensa de um direito, e o segundo entende que se deve exigir a possibilidade de conhecer o agente o caracter antijurídico de [fêua acção. N. do trad. H

⁽⁷⁾ O crime putativo é muitas vezes confundido com a tentativa impossível, como se observa em Berner, 87, Merkel, 180, Schaper, Z., 1,

1*1

Duas hypotheses são possíveis e devem ter a mesma solução:

a) o agente supõe erroneamente ser ilegal uma acção que não o é. Certa mulher, que se entrega com pessoa do seu sexo a actos de libidinagem, pensa que se faz culpada de sodomia ilegal e punível; o marchante, que, explorando a miséria do pequeno cultivador, toma-lhe o gado novo por um preço vil, crê que incorre na lei sobre a usura. Em taes casos não ha crime.

b) O agente supõe erroneamente não dar-se uma circumstancia que exclue a illegalidade de certa acção em geral illegal, comquanto tal circumstancia se dê no caso occorrente. A sentinella, que faz uso da arma, supõe que não estava autorisada a fazel-o; o professor julga erroneamente ter excedido os limites do direito de correcção, que lhe compete. Também em taes casos não ha crime.

2.º — A supposição errónea de que a acção, objectivamente illegal é legal não aproveita ao agente; não tem influencia o erro sobre o preceito imperativo ou prohibitivo em que assenta a lei penal.-

Também aqui podemos distinguir duas hypotheses e ambas recebem a mesma solução:

a) O agente supõe erroneamente que uma

H H., 2, 121; cons. acima o g 39, nota 2.*. Correctamente Binding, 1. 692, Lõning, 19, Schütze, 99, Hâberlin, G A., 18.º, 237, BaumgartenT] 359, Köhler, *Studien*, §.º, 14, van Hamel, 1.º, 164. Diversa do crime putativo (*Wahnverbrechen*) é a *phantasia criminosa* (*Verbrecherwa/m*), isto é, o agente conhece a illegalidade do seu acto, mas, suppondo obedecer a um dever superior, viola conscientemente a ordem jurídica. Esta illusão não exerce também influencia — mas por outras' razões — sobre a apreciação do facto. Cons. o art. 48 do 0. p. Mil.:

«a criminalidade.....não fica dirimida, porque o agente entendesse que o acto lhe era imposto pelos dictames de sua consciencia ou pelos preceitos de sua religião».

acção em geral ilegal não o é. O usurário ignora que a lei commina penas contra o seu género de negocio; o director de um bordel supõe que o consentimento policial o protege. Tais acções são crimes, apesar do erro, como sem elle o seriam.

b) O agente supõe erroneamente, que a acção por elle reconhecida como ilegal em geral está comprehendida em alguma das excepções que excluem a illegalidade. Julga, por exemplo, que se acha em um caso de extrema necessidade ou de legitima defesa, ou que está investido de um poder disciplinar. Não ha razão para tratar estes casos diversamente daquelles a que se refere a let. a ⁽⁷⁾. O erro também aqui não tem influencia.

§41. — Da culpa *fstricto sensu*

g LITTERATURA. — v. Bar na Eevísta — Griihut, 3.º, 21; v. Prittwitz, G. A., 30.º, 145; Wahlberg, opúsculos, 3.º, 268; Bruck, *Zw Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen äeutschien Strafrecht*, 1885 ; a este respeito Birkmeyer, *Krit. Yierteljahrschrift*, nova serie, 10, 587 e

(⁷) Em sentido contrario a opinião commum, e especialmente Biuding, l.ºj 751, *iformen*, 2.º, 69, Janka, 120, v. Meyer, 197, 221, ▼. "Wächter, 179, Ziebarth, 848. — Correctamente v. Bar, *O S.*, 38.º, 267, Heitz, *Vorsatz*, 38. O Trib do Imp. também aqui em parte quer distinguir — contra a concepção aliás por elle mantida como principio (acima nota 8) — entre erro de facto e erro de direito. Semelhantemente a notável solução tentada por Löffler *apud* Grünhut, 2.º, 774 (do mesmo modo Franck, *Z.*, 14), que considera como decisiva a representação do agente acerca das circumstancias de facto (supposição errônea de uma aggressão actual). Mas, abstrahindo completamente da inexequibilidade de tal regra, não podemos abandonar •ata intuição — quem, em um supposto estado de legitima defesa, mata um homem, deve responder pelas consequências do seu erro.

contra Bruck, G. A., 36 °, 420 ; Kiiliner, *J>ie*—^a
Kymt/ehler§ der Aerzte vor dem fõrum der Juristm,
 290 1886; Ortloff, *Die strafbare Fahrlässigkeit bei*
Ausübung der Heilkunst, 1888; Moreau, *La responsabUHé*
médieale, 1891.

I. — Gradual e lentamente desenvolveu-se no direito penal a idéa de culpa, como *idéa geral*. A sciencia e a praxe quasi que só se occuparam com certos e determinados crimes culposos, como por exemplo, o homicídio. Não podemos pois estranhar que o desenvolvimento da idéa em questão não se ache ainda concluido, que na sua unidade a idéa da culpa permanecesse estranha ao direito romano e que ainda no nosso direito vigente se encontrem parallelamente representadas phases diversas da evolução respectiva. Quando, por exemplo, o art. 17 da lei sobre a vaccina, de 8 de Abril de 1874, diz — a quem na operação da vaccina proceder culposamente, será etc. », — trata-se de uma idéa de culpa inteiramente diversa da que se trata no homicídio culposo. Neste a culpa deve comprehender não somente a acção, senão também o resultado a que a acção deu lugar. Por outras palavras : a idéa moderna do delicto culposo (que também na legislação imperial não se encontra ainda plenamente observada) baseia-se nisto: o resultado realizado é concebido, não como condição de punibilidade (adiante, § 43), mas como parte da acção mesma. Só destfarte apparece a culpa *stricto*. 1 *sensu* ao lado do dolo, como uma segunda forma daí culpa em geral. E' esta desenvolvida idéa do direito moderno, que tomamos para base do q|~~ se segue.

II. — Culpa é o *não-conhecimento, contrario dever, da importancia da acção ou da omissão comacausa*. Contraria ao dever e a ausência de conhecimento, quando o agente o podia e devia obter.íAcção culposa é consequentemente a *causação oui*

§ não impedimento, por acto voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sê-lo (*).

B! Assim a idéa de culpa suppõe dois requisitos:

1.º *falta de precaução por ocasião do acto voluntário*, isto é, despreso do cuidado que a ordem jurídica impõe e que se faz mister conforme as circunstancias dadas. A medida do cuidado determina-se segundo a natureza objectiva da acção em-prehendida, e não segundo o character particular do agente. A não applicação da atenção, o não preenchimento do dever apresenta-se como *falta da vontade*.

2.º *falta de previsão*, isto é, deve ser possível ao agente prever o resultado como effeito do movimento corpóreo, ainda que somente nos seus contornos geraes (²). Na apreciação desta questão cumpre tomar por base as faculdades mentaes, a maior ou menor penetração do agente. A medida é aqui subjectiva, especial. O que está em causa é a capacidade mental do individuo. Si ella é affirmada, a falta de previsão apresenta-se *como falta da intelligencia* (³).

(*) Diverge também nesta parte Binding, *Norrrum*, 2.º, 115, que paracterisa a culpa como vontade inconscientemente anti-juridica. Ver acima o § 40, nota 1.* — Cumpre advertir um engano fácil de dar-se. Quando a lei incluo na qualificação do crime a {illegidade como característico (acima o § 40, nota 2.*), não se pôde admittir como culposa a perpetração do crime, porque tenha-se dado culposamente não conhecimento da illegalidade (assim fazem Olshausen e outros). A consciencia da illegalidade excepcionalmente exigida em certos casos não affecta a idéa do dolo ou da culpa, lio seu ponto de vista Binding pensa naturalmente de outro modo. Gons. também Franck, 25., 14. (⁴, Decisão do Trib. do Imp. de 18 de Fevereiro de 89, 19.º, 61.1 (⁵) Com o que fica dito' sob os ns. 1 e 2 em referencia á equiparação dos dois elementos da idéa solve-se a velha contraversia escolástica sobre a questão de saber si a medida da culpa é geral ou especial, objectiva ou subjectiva, e si a culpa é, um defeito da vontade

III. — A culpa assenta pois sobre um erro concernente á importancia do acto voluntário como causa ou não impedimento do resultado. N'isto éj que a culpa se distingue do dolo. Mas tal erro el tal falta somente justificam a admissão de culpa, quando podiam e deviam ser evitados. Nisto é que I a culpa se distingue do acaso. Consequentemente o erro excluirá a culpa, quando era inevitável, quando, dadas as condições do agente, lhe era impossível obter a representação da importancia do seu acto. O art. 69, ai. 2.^a, do C. p. não encerra mais do que esta regra, derivada da natureza da culpa, prescrevendo o seguinte: c tratando-se de actos culposamente praticados, não serão imputadas ao agente as circumstancias que elle não conhecia, salvo si a ignorância mesma fôr devida a culpa».

IV. — Todos os preceitos da ordem jurídica podem ser infringidos culposamente. Mas toda infracção culposa não é reprimida com pena pelo direito vigente. Segundo este, o delicto culposos é, I pelo contrario, uma excepção, que somente pode ser admittida quando a lei manda expressamente punir o acto culposos, ou quando da connexão das disposições legaes decorre com segurança que tal é a vontade do legislador (*).

ou da intelligencia. A doutrina do texto (distincção entre precaução e previsão) é aceita também pelo Trib. do **Imp.**, como mostra uma serie de decisões, a ultima das quaes tem a **data** de 14 de Fevereiro de 87, 15.^o, 345. Semelhantemente Olshausen, { 59, 17, Schmidt, *Stre barer Bankbruch*, 1893, : p. 192.

(*) Cons. a decisão do Trib. do Imp. de 11 de Junho de Slj] 22.^o, 48. OU. p. manda expressamente punir o delicto culposos noa Seguintes casos: arts. 220 e 230, homicídio e offensa physica, arts. 121 e 347, deixar evadir-se o preso, **art-** 168, juramento **falso**, **art.** 259, receptação, aris. 309, 811, **314**, 316, 318, 326, 329, crimes de perigo commum, art. 345, execução de uma pena que não devia ser *exém*

V. — Para dar-se dolo é necessaria a representação de todas as circumstancias que a idéa do crime em questão comprehende (inclusive o resultado). Basta faltar um só dos caracteres da figura criminal para que fique excluido o dolo, mas pode dar-se culpa. Em rigor a cada crime doloso correspondem idealmente tantas infracções culposas quantos são os caracteres do crime dado, e nada obsta que o legislador commine pena somente contra uma ou outra das infracções culposas, deixando as demais impunes. Assim ao homicídio doloso correspondem dois casos de infracção culposa: 1.º o agente sabe que mata, mas não que tem diante de si um homem; 2.º o agente sabe que a sua acção se dirige contra um homem, mas não que mata. Em geral a legislação não fez uso da possibilidade desta distincção. O homicídio culposo do C. p. imp. comprehende ambos os casos. A distincção porém se dá a respeito da receptação real, como a define o art. 259 do mesmo cod. (ver a parte especial).

VI. — Gráo de culpa. Em dois casos o direito vigente considera aggravada a culpa, si o agente procede sem o cuidado a que « era obrigado em virtude de suas funcções, profissão ou officio » (C. p. arts. 222 e 230, homicídio e offensa physica). Neste numero se comprehendem os denominados « erros da arte medica », os quaes devem ser apreciados segundo os princípios geraes ⁽⁵⁾.

cu tilda. A estas infracções accrescem outras previstas nas leis accessorias. Sobre o direito penal militar, ver Hecker, 96.

(⁶) E' insustentável a distincção da culpa em *consciente* e *inconsciente*, como é defendida pela opinião dominante desde Feuerbach (especialmente por Berner). Segundo esta doutrina, a culpa *consciente* (*luxuria*, *Geilheit*) deve ser considerada como caso qualificado, si o agente não se absteve, apezar de representar-se a possibilidade do resultado (ver em contrario a p. 273), e a culpa *inconsciente* come

I § 42.— Da responsabilidade nos delictos de imprensa

LITTERATURA. — v. Liszt, *Das deutsche Reichspressrecht*, §§47 a 52; o mesmo, H. R., *arfc Pressstrafrechm^ imã Bedacteur*; v. Schwarze, *Kommentar*, 2ª ed., 1885; Berner, *Léhrhuch ães deutschen Pressrechts*, 1876; Honig-mann, *Die Verantwortlichkeit ães Beãacteurs nach dem BeieMâ geseta iiber die Presse*, 1885; Baumgarten, Z., 59, 491; Lõning, *Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Êëã dacteurs*, 1889; Oetker, *Die strafrechtliche Haftung des vem antwortlichen Beãacteurs*, 1893; Rehm, H. S. t., 59, 266; J. v. Biilow, G. A., 409, 241; Joly, W. V., 29, 299 e 301.

I.— Os princípios desenvolvidos nos paragra-phos anteriores tem também applicação aos *âelictoèl*

caso menos grave, si o agente não se representara a possibilidade do resultado. Ver por ultimo v. Meyer, 224. Assim o agente circum-specto, que de antemão pesa escrupulosamente os effeitos remotos e depois de cuidadoso exame nega a causalidade, deve ser tratado com muito mais rigor de que o estróina irreflectido. Correctamente Binding, *Normen*, 2.º, 121, v. Buri, *Teilnahme*, 27, Bruck, 16, Wahlberg, 283, Hälsbner, 1.º, 127, Lõning, 44 (•).

(») A theoria corrente distingue a culpa inconsciente (*negligentia*) e a culpa consciente (*luxuria*, temeridade). A primeira ocorre, quando alguém por um acto voluntário dá causa a um mal, em que não pensara; ocorre a segunda, quando o agente, na verdade, prevê o mal que do acto pode provir, mas na esperança de que esse mal não se produzirá, age e o resultado não corresponde a sua expectativa. O ; autor pondera com razão que não se pode estabelecer como regra que a culpa *consciente* deva ser punida mais gravemente do que a *inconsciente*. O individuo que, tendo em attenção a possibilidade de um mal, toma medidas de precaução para que elle não se produza, si essas medidas falham, deve talvez ser julgado com menos rigor do que aquelle que, procedendo com inconsciente leviandade, não pensa na gravidade do perigo que o seu acto pode suscitar. A distineção é pois, como diz v. Hamel, «inadequada, inútil, equívoca e facilmente conduz á falsa doutrina dos grãos intermédios entre o dolo e a culpa». N. do trad.

§de imprensa, isto é, ás acções puníveis que consistem no abuso do direito de livre manifestação do pensamento mediante a publicação de impressos. E' assim que o art. 20, ai. 1.º, da lei sobre a imprensa de 7 de Maio de 1874 dispõe (¹):

«A responsabilidade por actos, cuja criminalidade deriva do conteúdo de um impresso, regula-se segundo as leis penaes ordinárias.»

Mas, em materia de delicto de imprensa, os principios geraes não bastam. Além de outras razões que deixamos de parte (considere-se o anonymato da imprensa), a transformação que o pensamento soíre pelo facto da impressão e o concurso especial, a que este facto obriga, prestado por uma série de pessoas (autor, autor-editor, redactor, editor, impressor, distribuidor) (²), tornam indispensável a decretação de dis-

(¹) A lei imperial sobre a imprensa não vigora na Alsacia-Lorena. O art. 2.º da lei define o que seja impresso. A este numero pertencem «todas as produções da imprensa typographica, bem como todas as outras reproduções, obtidas por processos mechanicos ou chimicos e destinados a ser distribuídos, de escriptos, figuras com ou sem legenda e musicas com texto ou explicações». A lei de 12 de Março I de 1884 accrescenta: «as cédulas eleitoraes, obtidas por meio de repro- III Sucção e contendo somente os nomes dos candidatos, não se consideram j como impressos no sentido das leis imperiaes e estaduaes», Impressos u periódicos são, segundo o art. 7.º, os jornaes e as revistas que appare- I cem mensalmente ou com intervallos mais curtos, ou mesmo irregulares,

(²) *Herausgeber, Verleger*. Os lexicographos dão a estes vocabulos a mesma accepção, — um e outro significam *editor*; mas na linguagem jurídica *Herausgeber* tem um sentido especial e que não é o mesmo no direito allemão e no direito austríaco.» O direito allemão diz v. Liszt (H B, 8.º, p. 812), só conhece o *Herausgeber* nos impressos não periódicos, pois nos periódicos as suas funções são exercidas pelo redactor. O *Herausgeber representa* o autor, quando este não pode ou não quer apparecer ante o publico, como nas obras anonymas, nas pos-thumas, etc, e *substitue* o autor nas obras que se compõem de pequena, contribuições de vários autores e que somente d'es ta combinação tiram

posições especiaes destinadas a completar, no tocante aos delictos de imprensa, os princípios geraes sobre a responsabilidade, afim de que na maior parte dos! casos e nos mais importantes d'elles o procedimento criminal não vá de encontro a difficuldades oriundas do próprio direito. Desde muito as legislações de] todos os paizes se têm esforçado por estabelecer disposições complementares que, sem violência ás rela-| ções reaes, garantam um procedimento criminal rápido e decisivo. A lei imperial sobre a imprensa teve em conta taes esforços : sob dous pontos de vista ellaj completou os princípios geraes por disposições que, comquanto bem pensadas, se resentem de uma falta] de clareza própria a suscitar duvidas e a compro-metter gravemente a segurança da jurisprudência.

II.— Partindo do pensamento que a personali-l dade do redactor imprime o seu cunho no impresso por elle dirigido e seguindo o modelo offerecido por¹ outras legislações, a lei imperial concernente á im-| prensa começou por completar os princípios geraes sobre a culpabilidade com firmar a *responsabilidade do redactor*. O art. 20, ai. 2.º, dispõe: B « Sendo periódico o impresso, o redactor responsável será punido como autor do delicto, salvo si a presumpção de sua autoria for excluída por circum-stancias especiaes» (²).

a sua importancia, como as anthologias, os collectaneas. da todo gé nero, etc. O *Herausgeber* responde, como o autor, pelo conteúdo do im presso, segundo os princípios geraes do direito penal.» O *Herausgeber* vem a ser pois o- editor-autor e o autor-editor nos impressos não perio- i dicos. N. do trad.

I (*) Cons. o art. 8.º da lei sobre as qualidades que deve ter o redactor responsável. E' hoje geralmente reconhecido que a idéa fundamental da lei não é adequada aos grandes jornaes. No caso do art. 249. ai. 4, do Cod. Com. (texto de 18 de Julho de 1884) não tem ajiplJL cação o art. 20, ai. 2.º, da lei sobre a imprensa.

Redactor responsável é a pessoa (1.º), como tal designada no numero respectivo do jornal ou periódico, e (2.º) incumbida da inspecção suprema sobre o concernente á redacção em relação á responsabilidade criminal que possa resultar do conteúdo do numero em questão. O art. 20, ai. 2.º, da lei não pôde pois ter applicação, quando falta um d'estes dois requisitos; e, portanto, quando o redactor, que de facto exercia a inspecção no sentido declarado, [não é como tal designado no numero respectivo, ou quando a pessoa designada como redactor responsável de facto não exercia a suprema inspecção no dito sentido e a respeito do dito numero (3). Em um e outro caso só cabe applicação de pena pela não observância do art. 7." da lei sobre a imprensa, segundo os arts. 18 e 19 da mesma lei.

A lei estabelece a presumpção da autoria do redactor responsável em relação ao delicto que re-I sulta do conteúdo do impresso. Essa presumpção só I pôde ser illidida, provando o accusado ou verificando o tribunal *ex-officio* a existência de circumstancias (especiaes que a excluam. A existência de taes circumstancias só deve ser admittida, quando, supposta. a applicação da devida atenção, podia escapar ao redactor o character criminal do conteúdo do impresso; por exemplo, porque a injuria contida no impresso [não podia ser notada sem o conhecimento de rela-

(•) As opiniões são muito divergentes. Cons. a resenha *apud* Franck, Z-, 12.º, 353. 1.º—Segundo Schwarze e Lõning, decide a designação; 2.º — Segundo Honigmann, a inspecção de facto; 3.º—Segundo o Trib. do Imp., dec. de 22 de Abril de 89, 16.º, 16 e 24 de | Junho de 90, 91.*, 23, basta uma ou outra; 4.º— Da nossa opinião aproxima-se Oetker e v. Bülow, mas não exigem que a inspecção fosse (.exercida justamente sobre o numero em questão. As opiniões sob os ns. 1 e 8 levam ao reconhecimento jurídico da grata instituição do *teata ide ferro* (*Siiiredacteur*). 1 fe* (

ções de facto especiaes, ou porque o compositor ou | qualquer outra pessoa fez arbitrariamente alterações na redacção do artigo (*).

III.— A lei imperial sobre a imprensa completou outrosim os princípios geraes, ligando o denominado *systema das penas por culpa* ao *systema belga da responsabilidade successiva*. Quando as pessoas, que tomaram parte no preparo e na publicação de ura impresso de character delictuoso, não examinaram o* conteúdo d'elle com a devida atenção, ou pelo meno fr não podem produzir a prova da ausência de culpa própria, nomeando o seu garante, incorrem em responsabilidade *por esta culpa* (⁵). D'este pensamento emana o art. 21 da lei que assim dispõe:

« Si do conteúdo do impresso resultar a exis* • tencia de um delicto, 1) o redactor responsável, 2) o editor, 3) o impressor, 4) e quem explorar in-1 • dustrialmente o impresso, ou de outro modo o divulgar (o distribuidor), quando não devam ser pu-j nidos como autores ou cúmplices segundo o art. 28| serão punidos, em razão de culpa, com multa aj 1.000 marcos ou com detenção ou prisão em forl

(*) De accordo no essencial a decisão das camaras criminaesj unidas de 6 de Junho de 91, 22 °, 65., bem como a dec. do Tril do Imp. de 17 do Nov. de 91, 22.°, 221. E' singular, mas não convin» cente, a asserção de Oetker de que se dá um caso de «responsabilidade por garantia» (*Q-arantetihaftung*, segundo a sua denominação), e não mera l presumpção de culpa.

(⁵) Na realidade trata-se, segundo a concepção da lei, do *tom- 1 mettimento culposo de delictos resultantes do impresso*. Adberem á nossa opinião Honigmann, Bruck, *Fahrlässigkeit*, 59, v. Kries, 203. Bn^l sentido contrario Tbomsen, *Bekämpfungsmethoden*, 1898, p. 18, Lägfl ning, *Haftung des Redacteurs*, 270 e o Trib. do Imp., decis. de 2 de Fevereiro de 86, 18.° 319 e especialmente Oetker (responsabilidade por« | delicto alheio, garantia criminal, e não, como no direito belga, «~ga* £ rantia penal»).

leza ou encarceramento até um anno, si não mostrarem ter applicado a devida attenção ou terem occorrido circumstancias que tornaram impossivel o devido cuidado.

« Cada uma das ditas pessoas porém ficará isenta de pena, si, antes de ser pronunciada a primeira sentença, indicar como autor ou como correspondente, com cujo consentimento se fez a publicação, ou, não se tratando de um impresso periódico, como editor, ou como um dos responsáveis nomeados antes de si na serie acima declarada, pessoa que se ache, ou, sendo morta, que se achava ao tempo da publicação ao alcance da justiça de algum dos Estados da Federação allemã. O distribuidor de impressos estran-geiros poderá, além disto, provar que taes impressos chegaram ás suas mãos por via do commercio de [livros » ^(b).

(^c) O systema da responsabilidade *successiva e exclusiva* (*responsabilité par cascades*) tem o seu typo no direito belga e já havia sido admittido entre nós pelo C. crim. de 1830: o autor, o editor, o impressor e o distribuidor são os unicos responsáveis pelos delictos de — imprensa, mas só podem ser responsabilizados successivamente na ordem estabelecida pela lei, excluindo a effectiva responsabilidade de mm a dos outros. O projecto do governo allemão de 1873 sobre a imprensa adoptara o systema belga; mas a commissão do *Reichstag*, de accordo com a opinião defendida no congresso de juristas de 1872, deu [referencia a um systema mixto desde então conhecido sob a denominação de « systema de responsabilidade complementar por culpa ou das penas da culpa (*System der Fahrlässigkeits- oder Ordnungsstrafe*), que foi sancionado pela lei. Assenta elle sobre estas duas bases: 1.^o a responsabilidade nos delictos de imprensa rege-se pelo direito commun. Assim, presupposta a existência de dolo, o autor do escripto e o primeiro distribuidor são os autores, o impressor e o editor são cúmplices. Os distribuidores ulteriores (sempre presupposto o dolo) fazem-se culpados de um novo delicto de imprensa. 2.^o A lei admite a responsabilidade por simples culpa nos delictos de imprensa, a qual deve ser feita effectiva nos casos em que não tenha applicação o di-

reito commum por insuficiente. Com effeito, si o redactor, o editor, o impressor e o distribuidor não podem ser responsabilisados coosn autores dolosos ou cúmplices do delicto em questão, a lei presume a sua autoria culposa, consistindo a culpa em não terem prestado a devida atenção ao character criminal do escripto, cuja impressão e publicação promoveram. Podem porém os interessados a) illidir estt presumpção, provando o emprego do cuidado devido ou a impossibilidade de conhecer a criminalidade do impresso, b) ou ísentar-se de responsabilidade, nomeando como garante uma das pessoas que precedem na ordem legal, e que possa ser responsabilisada. Quanto tu redactor de impressos periódicos, a sua posição é especial, pois a lei p trata como autor principal, presume a sua autoria dolosa, e, excluída esta, a sua autoria culposa, presumpção que o redactor pode também illidir, como os demais responsáveis, por prova em contrario, ou nomeando o seu garante, que só pode ser o autor ou o correspondente, com cuja annuencia se fez a publicação do escripto em questão, v. Liszt, l. c, Dr. P. Kayser, H H., 4.º. N. do trad.

IV. — O CRIME COMO INJUSTO PUNÍVEL

—

§ 43. — O injusto e o crime

LITTERATURA. — Sobre o injusto civil e criminal, *tkel, Krwninalistische Abhandlungen*, 1?, 1867 ; v. Ihering, » *Schuldmoment im rômischen JPrivatrecht*, 1867 ; o mesmo, *I Zweck im BecJd*, 1? (2?ed.), 490; v. Bar, *Die Örunã-b» des Strafrechts*, 1869; Heinze, H H., 1?, 321; Binding, *fh-men*, 1% 255, 426; Hãlschner, 19, 15; v. Liszt, *Die fenzgebiete zwischen JPrivalrecht unã Strafrecht*, 1889 (especialmente a p. 25) ; Heinemann, *Die Bindinysche Schuldlehre*, 1889, especialmente a p. 15. — Sobre as condições de punibilidade, Præncke, G A., 20?, 33; Binding, 1?, 588; F. Meyer, 348 ; Merkel, 236 ; John, 1?, 127 ; Glaser, 2?, 46 ; feenneke, 9; v. Kries, 463; Hellweg, *Strafprozess*, 249 ; feisler, na *Revista Griinhut*, 17°, 592; Nierneyer, *Straf-varer Bankerott*, 1892, p. 126; Hausmann, *Die Béleiãigung wesetzgebender Vermmlungen unã politischer Korperschaften miã die reehttióhe Natur der Ermãchtigung*, 1892.

I. — A definição do injusto que até aqui temos desenvolvido, considerando-o como acção illegal ei pulposa, é admissível em todos os ramos do direito. ifias de todas as outras especies do injusto destaca-se kitidamente o injusto criminal, o *crime*, pelo seu feffeito jurídico peculiar, a pena. Perguntã-se em que jfê funda este caracter peculiar do crime, esta sua Eifferença das demais especies do injusto? Parece [masi impossível responder em these e de um modo Éjpeciso a esta pergunta, quando se reflecte que a

linha divisória muda conforme os tempos e os lugares, que cada povo a traça diferentemente, qu| cada phase na historia do desenvolvimento da Jjf manidade cria novos crimes e faz desaparecer oj antigos. Mas a observação attenta descortina no flk 5 dos phenomenos o pensamento fundamental, a idéa commum e permanente. E' justamente no assigna-lamento do injusto criminal que se manifesta a *concepção politico-criminal*, é na pena que se revela o pensamento *finalístico* mais ou menos claramente reconhecido e proseguido de um modo mais ou menos consequente. Como meio a empregar na luta do Estado contra o crime, a pena é infligida onde ella I parece ao Estado necessaria, e somente onde parece que o é. E ainda quando a direcção scientifica dominante mostra-se sem intelligencia em relação á concepção politico-criminal, ahi mesmo o poder dos I factos vae exercendo sobre ella desde annos a sua' acção. Enunciamos uma opinião hoje corrente, fa-T zendo consistir n'isto a diferença entre o injusto) criminal e o delicto do direito civil: *crime é o ataqw dirigido contra interesses protegidos pelo direito, e espeş cialmente perigoso, a JUÍZO do legislador, para a ordemş jurídica existente* ⁽¹⁾.

(1) Deve-se pois sustentar com a opinião hoje commum que Q crime compartilha todos os caracteres do delicto civil, mas deste se distingue por um outro character. Consequentemente deve ser abandonada toda tentativa tendente a assignalar uma differença mais profunda e incompatível com a unidade da idéa do injusto. Entre essas tentativas occupam o primeiro logar as de Hegel e de sua escol Hegel considera o injusto criminal como o injusto *consciente*, -e<ş civil como o *inconsciente*. A idéa media da *burla*, por elle admittida posteriormente, foi abandonada pelos seus partidários mesmos, como absolutamente insustentável. Mas também aquella divisão bipartida • incompatível, como Merkel demonstrou victoriosamente, com "facto? incontestáveis da vida jurídica — o crime culposos de um lado, e d«

r O perigo da agressão pode resultar:

1.º *Do valor do bem atacado.* Cumpre notar, de um lado, que sob constituições diversas (Estado sacerdotal, Estado commercial, monarchia absoluta, republica democrática etc.) muito diverso pode ser o valor do mesmo bem; e, de outro lado, que, quando não bastam os efeitos do direito privado em consequência da irreparabilidade do bem jurídico (vida, honra da mulher etc), a punição da lesão impõe-se com uma certa regularidade em diversos tempos e em diversos povos. Sobretudo não pode ser esquecido que o círculo mesmo dos interesses jurídica-

outro o dolo civil. Os esforços continuados de Hälschner no sentido de obter, no ponto de vista hegeliano, uma formula'sustentável para a distincção, podemos considerar como mallogrados. — Recentemente Binding (v. acima, § 12, nota 2.*) foi levado pela sua concepção da norma puramente aprioristica a negar a « unidade das circunstancias Tconstitutivas do injusto». Segundo elle, o núcleo do crime é o delicto e este, como offensa do «direito á submissão», é uma variedade do «injusto publico» (*).

(•) Evidentemente a distincção entre o injusto punível e o não I punível é histórica e de direito positivo, não se podendo traçar uma I linha divisória segundo princípios geraes e fixos. Mais melindrosa é I A questão do saber si a responsabilidade civil repousa sobre as mesmas I bases da responsabilidade criminal. A respeito desta interessante I questão as opiniões dos jurisconsultos allemães representam duas idéas | extremas. Segundo uns, o injusto civil tem os mesmos caracteres do I; criminal; a um e a outro é essencial o *momento da culpa*, e não se p distinguem senão pelos seus efeitos jurídicos, que ali é a indemnisação [e aqui a pena. Neste sentido Pernice (*Labeo*, 2.º, 2), Merkel e I Heinze, 1. c. Segundo Merkel, a coacção penal e a civil tem por fim t o restabelecimento de uma relação ideal entre a vontade do offensor le a do offendido; a coacção penal desempenha esta missão immedia-ítamente pela pena, a civil mediatemente pela indemnisação; estes dois ■ efeitos do injusto são pois da mesma natureza, e só se distinguem isegundo o seu gráo ou intensidade: a pena é necessaria onde a coacção

mente protegidos (v. aoima, § 12) está sob a acção de um desenvolvimento contínuo.

2.º *Do modo do ataque.* Em primeiro lugar pode a frequência deste, o empreendimento de certos crimes (falsificação de géneros, movimentos revolucionários, usura etc.) induzir o legislador a oppor-lhes um contrapeso sufficiente por meio de commi-n&ções penaes mais ou menos severas. Em segundo lugar pode o meio da aggressão, especialmente 4§ *abuso de instituições publicas*, bem como o emprego abusivo de *inventos e descobertas humanas* na luta contra fins sociaes e políticos, provocar a acção legislativa) do Estado. Entram nesta categoria os grupos dos

civil não basta para a repressão do injusto. Responsabilisado não pode ser senão o culpado; o acto do incapaz está no mesmo caso do facto produzido pelas forças naturaes. Do outro lado estão todos os quô-não vêm uma relação necessaria entre o injusto civil e a culpa, os' que admittem o injusto meramente objectivo. A este numero pertencem Ihering (« o injusto objectivo exclue, na verdade, o momento da culpa, mas não o da vontade humana ») — *Schuldmoment in rôm. Privatr.*, p. 6); Thon (« a ordem juridica reconhece obrigações do in* ' capaz, e portanto as normas também valem em relação a elles, — *Rechtsnorm*, p. 32); v. Bar (a coacção civil não tem por fim attingir ou reprovar o immoral, mas antes de tudo remover o que é objectivamente illegal, qualquer que seja a sua procedência, ao passo que o acto punível se apresenta principalmente como immoral, e não como simples lesão de um direito subjectivo, *Handb.*, 1.º, § 109). Binding, depois de refutar a doutrina de Merkel sobre a identidade da indemni- | sacão e da pena, demonstrando que o direito positivo trata uma e outra segundo princípios essencialmente diversos, quer quanto á pessoa obrigada, quer quanto á pessoa a favor de quem é feita a prestação, quer quanto ao objecto desta, resolve a questão do ponto de vista da sua theoria das normas pela opposição entre o injusto objectivo ou mera illegalidade (*Qeseizwidrigkeit*) e a transgressão da norma (*Nornf widriffkeit*). O primeiro pode ser devido até ao acaso, e só o delictt no sentido de transgressão da norma deve ter a sua causa na vontade humana (culposa). *Normen*, 1.º, § 46. N. do trad.

crimes mais importantes e temerosos; taes são os denominados crimes de falsificação, pelos quaes a moeda e os papeis fiduciários do Estado ou as formas de autenticação que o direito reveste de força probante podem ser abusivamente utilizados para fins injuridicos, bem como os crimes que, desencadeando as forças naturaes, suscitam um perigo commum, a começar desde o rompimento dos diques do Nilo já reprimido pelos Romanos até o emprego criminoso da dynamite e da nitroglycerina.

II. — Como condição geral para que se origine o direito de punir, é pois absolutamente necessário — e ás mais das vezes bastante — *um acto illegal & culposos, contra o qual a lei tenha comminação pena*. Si faltar a ilegalidade do acto, ou a imputabilidade do agente, ou si o resultado não fôr imputável, não [pode surgir o direito á pena ^(b)]. Nestes casos diz-se, mas de um modo pouco expressivo, que se dá *uma & causa de exclusão de pena*. Diversos de taes casos (são aquelles em que o legislador, tendo em attenção a pessoa do autor, abre mão da punição em relação a elle, e somente em relação a elle, considerando [quanto ao mais o facto punível. Denominaremos lesta circumstancias causas pessoaes de exclusão de

^(b) *Staatlicher Strafanspruch*, direito do Estado á pena. O vocábulo *anspruch*, que na linguagem commum significa *preterição*, designa na linguagem jurídica o direito, não virtual ou eventual, mas actual, posto em movimento, ou, segundo a expressão do autor na [2.* ed. do seu tratado, «o direito feito carne e sangue», «concreto segundo o seu conteúdo e a sua direcção». O *Strafanspruch* é pois o direito do Estado de sujeitar á pena legalmente comminada aquelle que pelo delicto nella incorreu. Este direito origina-se da pratica do delicto, faz-se valer pela acção penal, toma a sua forma definitiva e M torna exequível pela sentença judiciaria. A elle corresponde a *obri-§\$ação do delinquente de sujeitar-se á pena*. Ver Ullmann, *Lehrb. d.*

[*Sti-afpr.*, p. 6: Mericei, *Lehrb.*, 2 64. N. do trad. i <fa

pena. Pertencem a esta categoria os art. 173 do C. p. (incesto, — parentes e affins da linha descendente que não attingirani os 18 annos de idade) ⁽²⁾, 257 (favorecimento á pessoa do autor por parte de um parente), 247 (furto ou desvio commettido por parentes da linha ascendente ou entre cônjuges), 209 (no duelo os intermediários do desafio etc.). Importância completamente anormal tem *as causas extinctivas de pena*, isto é, as circumstancias que, occorrendo depois da pratica do acto, anniquilam o direito á acção já originado (adiante, § 74). Entre-j tanto o Cod. do proc. penal (art. 262) reúne todas estas circumstancias, com excepção da prescripção, sob a designação mui própria a induzir em erro dei *causas que excluem a punibilidade*.

III. — Em um certo numero de casos o legislador exige, para que se faça effectiva a comminação penal, o concurso de circumstancias exteriores, independentes do acto delictuoso e que a elle se accrescentam. Denominaremos estas circumstancias *condições de punibilidade* em sentido estricto ⁽³⁾.

Assim a punição de actos hostis contra Estadosl amigos depende de que a reciprocidade tenha sido garantida á Allemanha (C. p., arts. 102 e 103);

(*) .No mesmo sentido Olshausen, § 173, 5. Diverge a dec. do Trib. do Imp. de 23 de Setembro de 89, 19.º, 391, segundo a qual, e em opposição á opinião dominante, o adolescente seria, não um cúmplice isento de pena, mas o objecto da acção. Cons. JTranck, 25.,| 12.», 803.

(») Cons. Binding, *Normen*, 1.º, 232, v. Meyer, 805, nota 11, van Hamel, 1.º, 202. Diversos destes casos são aquelles em que a superveniencia do resultado grave é condição para a imposição de uma pena mais rigorosa. Cons. acima ó § 35, nota 6.". Nesta bypo-these o acto é punível, posto que o resultado grave não sobrevenhft. Por isso as proposições enunciadas no texto sob. o n. III só podem I ser aqui applicadas com restricções.

o facto de não denunciar um crime só sujeita á pena do art. 139, quando esse crime foi praticado ou deu-se uma tentativa punivel; a excitação ao duello só cae sob a comminação do art. 210, quando segue-se o duello ; a rixa não é punivel senão quando dá causa á morte de uma pessoa ou a uma grave offensa physica (art. 277); na bancarrota é condição de punibilidade a suspensão de pagamentos (art. 209 e seg. da lei sobre a fallencia); o adultério nao é punivel quando não dá causa ao divorcio (art. 172 do C. p.); a punição da burla de que trata o art. 170 depende da dissolução do casamento ⁽⁴⁾ (°).

(*) Os três últimos exemplos são contestados. Binding, 1.°, 691, admite apenas três casos, a saber: os previstos no art. 4.° n. 8, no art. 4.°, ultimo ai., e nos arts. 102 e 103 do G. p.

(°) Si o crime é uma acção illegal, culposa e punivel, eircum-stancias podem ocorrer, que excluam a illegalidade, a culpabilidade ou a punição. Essas circurnsteneias *concomitantes* á acção e delia inseparáveis podem denominasse — as 1.°* circumstanciaa justificativas (ou dirimentes da illegalidade), as 2.°s causas de não culpabilidade (ou dirimentes da criminalidade), e as 3.°M causas de isenção de pena. Estas ultimas são circumstancias *pessoaes*, que não affectam o character illegal da acção, nem a culpabilidade do agente, mas simplesmente o isentam de pena (art. 835 do O. p. braz.) — As vezes a lei aggrava as penas quando a acção produz certos resultados de maior gravidade; como esses resultados estão em uma relação causal com a acção, podem ser considerados como circumstancias do facto delictuoso e designados sob a denominação de « condições de punibilidade aggravada » (arts. 146, 168, paragrapho unico, 800, § 1.° do O. p. braz.) — Cumpre não confundir com essas condições as circumstancias posteriores á acção, delia

[inteiramente separadas e que por isso mesmo não alteram o character do delicto, nem influem sobre a sua penalidade, mas affectam o *direito*

| á *acção penal*. Isto se dá a) quando a lei estabelece condições de punibilidade posteriores ao delicto, de cuja realisação depende origi-nar-se o direito á acção penal (por exemplo, o adultério, segundo o

I wt. 172 do O. p. ali., só p<5de ser punido depois do decretado o divor-

Em todos estes casos cumpre ter em atenção que as condições de punibilidade são circunstâncias exteriores que nada têm de *commum* com o acto delictuoso mesmo e os seus elementos, e que, pelo contrario, devem ser considerados completamente distintos destes. Segue-se deste principio uma serie de importantes corollarios.

M

1.º — Como a culpa sob as suas duas formas (o dolo e a culpa propriamente dita) resulta da relação entre as representações do agente e o resultado do acto, ella não comprehende as condições de punibilidade, já que estas ficam fora da acção.

2.º — Quando falta, e em tanto quanto falta, a condição de punibilidade, que a lei exige, não pôde entrar em questão a consumação ou a tentativa do crime respectivo. Deve-se porém admittir a existência de tentativa e deve ella ser punida J segundo a escala reduzida do art. 44 do C. p., quando se dá a condição de punibilidade, mas a acção falhou ou não progredio até a consumação do crime.

3.º — Quando falta, e em tanto quanto falta, a condição de punibilidade, também não pôde originar-se o direito do Estado á pena; o acto não"é punivel no sentido da lei.

cio) ; b) quando a lei liga a certos factos o effeito de extinguir o direito á acção ou mesmo á execução da pena (causas de extincção da acção ou da pena). Destas duas ordens de factos, os primeiros são denomw nados por van Hamel condições suspensivas do direito á acção penal) e os segundos, condições resolutivas da acção ou execução penal J O autor denomina os primeiros *Bedingungen der Strafbarkeit* (condi^ ções de punibilidade) e os segundos *Strafaufhebungsgründe* (causas da extincção da acção ou da pena). — Cumpre também advertir que o autor denomina *Strafausschliessungsgrunde* (causas de exclusão d^ pena) as circunstancias justificativas e as causas de não culpabilidade¹ e *persônliche Strafausschliessungsgrwnde* (causas pessoaes de exclua de pena) as que apenas isentam o delinquente de pena. N. do trai

a) Por isso, antes de sobrevir a condição (por exemplo, no caso do art. 172 do C. p., antes de passar em julgado a sentença que decretou o divórcio), não pôde ser iniciado o processo, nem mesmo pôde ser apresentada a queixa, com efficacia jurídica, para a iniciação do processo. No adultério, porém, o prazo para a apresentação da queixa começa a correr depois que o offendido teve conhecimento de haver transitado em julgado a sentença de divórcio ⁽⁵⁾.

b) A cumplicidade e o favorecimento ficam impunes, quando não ocorre a condição de punibilidade.

|| c) Não se dá o crime de falsa accusação, quando, segundo o conteúdo da denuncia, falta a condição de punibilidade, que a lei exige.

d) Sob o mesmo presupposto não são admissíveis medidas policiaes, como o confisco, a destruição ou inutilização de objectos.

Quando, porém, a condição se realisa, o seu effeito retrotrae á epocha em que o acto foi praticado ; considera-se o direito á pena como originado no momento do delicto. Por isso é de todo ponto juridicamente possivel que, antes da realisação da condição, se tomem medidas preparatórias de character judicial ou policial.

4.º — Quando o que está em questão é somente o acto delictuoso mesmo, não se tomam em

⁽⁶⁾ No mesmo sentido a opinião commum, apesar de entender que se dá um requisito processual (deo. do Trib. do Imp. de 3 de Janeiro de 80, 1.º, 44 e 23 de Março de 80, 2.º, 62; Binding, 1.º, 643, Geyer, 2.º, 86, Olshausen, § 172, 9, Schütze, 327). Em sentido contrario entre outros Hålsebner, 1.º, 719, 2.º, 469, 473; v. Meyer, 364, 983, Heinze, H H., 2.º, 629, Dochow, H H., 4.º, 274, Fiseher, G S., 81.º, 56, 32.º, 496, Conrad, G A., 36.º, 17. Cons. a parte especial (adultério e burla concernente ao casamento). ^

consideração as condições de punibilidade, pois estas não devem ser consideradas como parte integrante da acção.

a) O tempo e o lugar da realização da condição são indiferentes para a apreciação do tempo e do lugar em que foi praticado o acto delictuoso.

b) A prescrição do crime começa a correr independentemente da realização da condição ⁽⁶⁾. M

c) Dá-se favorecimento, e não cumplicidade, quando se presta assistência ao autor, antes da realização da condição, mas depois da pratica do crime. J

5.º — Segundo o art. 262 do C. do proc. penal, é necessaria a maioria de dous terços dos votos para que o tribunal reconheça a existência de uma condição de punibilidade.

IV. — Das condições de punibilidade devemos rigorosamente distinguir, quanto á idéa e quanto) aos efeitos, os *requisitos processuaes* (ou da acção penal, segundo Binding), isto é, os requisitos necesarios para a efficacia jurídica dos actos processuaes I em geral, e especialmente para a effectividade do direito á pena. Este idéa pertence exclusivamente ao direito do processo penal. Nella se comprehendem, J além da competência do tribunal, etc, a imputabili-dade do accusado quanto ao facto (capacidade processual) ^(d), a decisão prévia da autoridade admi-1

⁽⁸⁾ Em sentido contrario o Trib. do Imp. repetidas vezes, por ultimo a decisão de 26 de Junho de 82, 7.º, 392. Também Biodíng, 1.º, 838, Olshausen, § 67, 11. Segundo o art. 69 do O. p., pôde em certas circumstancias interromper-se a prescrição (por es., no caso do art. 172 do mesmo cod.)

^(d) Entre os requisitos «processuaes geraes » figura a *partei* ou *processfähigkeit* (capacidade processual) do accusado, isto é, não se pôde instaurar processo contra as pessoas que gosam do privilegio da exterritorialidade, os individuos notoriamente incapazes, como of] loucos, etc. N. do trad.

nistrativa ou do tribunal, quando se trata de procedimento contra funcionario publico (lei de introd. ao cod. de org. jud., art. 11), os requisitos, cujo concurso é necessário para que se possa iniciar processo criminal, durante o periodo das sessões, contra membros de uma assembléa legislativa ⁽⁷⁾ (Const. fed., art. 31, lei de introd. ao C. p., art. 6, n. 1). O mesmo deve-se dizer dos delictos, cujo processo depende de auctorisação (C. p., arts. 99, 101 e 197). ⁽⁸⁾ A mais importante consequência desta distincção em materia de direito processual é que, faltando uma condição de punibilidade, segue-se a rejeição do direito á pena (absolvição com perempção do direito) e, faltando um requisito processual, segue-se a rejeição da acção (suspensão sem perempção do direito) .

§ 44. — Da queixa do offendido

LITTERATURA. — Fuchs, *Anklage imã Antragsdelikte*, 1873; Beber, *Antragsdelikte*, 1873; Nessel, *Antragsberechtigungen*, 1873 ; v. Liszt, G S., 23?, 187 ; v. Kirchenheim, *Die recUliche Natur der Antragsdelikte*, 1877; Samuely, GS, 32?, 1, Lehmann, *Zur Lehre von Strafanträgen*, 1881. — Sobre a representação para a queixa, Bolze, GS., 32?, 433; Herzog, G S., 33?, 389; Holzapfel, G A., 30?, 428.

Ao passo que a Carolina só vedava o procedimento *ex officio* em quatro casos, no adultério, no rapto, no estupro e no furto domestico, — e o di-

⁽⁷⁾ De accôrdo v. Kries, Z., 6.º, 9; em sentido contrario Weismann, Z., 9.º, 414.

⁽⁸⁾ Eguamente Bennecke, 14, Birkmeyer, *Teilnahme*, 167, Hausmann, 84 (com indicação da litteratura); em sentido contrario Binding, 1.º, 614, v. Meyer, 351, Olshausen, g 99, 3, v. Kisch, G S.J 86, 252, nota 10. — A auctorisação, ao contrario da queixa, não pôde ser retirada. Quanto ao mais, a distincção tem pouca importancia pratica.

reito commum apenas lhes accrescentara os crimes de injuria e de substituição de infante, a nova legislação alargou bruscamente o circulo dos crimes, cujo processo fez depender de queixa do oífendido. Ainda n'esta parte o C. p. saxonio de 1868 exerceu influencia decisiva sobre a legislação imperial. O direito de queixa porém foi consideravelmente restringido, posto que ainda não tanto quanto se faz mister, pela Novella de 26 de Fevereiro de 1876 (*) (ver o § 10, IV).

I Segundo o C. p., os casos, em que se faz necessaria a queixa, são os seguintes: art. 102, 103 e 104 (crimes contra Estados amigos), 123 (violação do domicilio), 170, 172, 179 e 182 (burla em materia de casamento, adultério, seducção com emprego de manobras fraudulentas, seducção de menor), 189, 194 a 196, 232 (injuria e offensa physica), 236, 237 (rapto), 247, 263 (furto, desvio, burla contra parentes), 288, 289, 292 e 299, 300 a 303 (casos de «lucro punivel» e damno real), 370, n. 5 e 6 (furto f de comestíveis e de forragens). As leis accessorias accrescentaram a estes muitos outros casos. — O art. 51 (127) do C. p. mil. dispõe, pelo contrario,

(¹) Vae muito longe Binding, quando pede a abolição total da queixa. Contra elle e com razão se pronunciam v. Meyer, 353, e Merkel, 240. A falta do legislador está em não ter distinguido M duas especies dos crimes, cujo processo depende de queixa; mas Binding também não a evitou (^a).

(•) «Si se deixa ao Estado o direito de punir e tira-se-lhe o de proceder contra o culpado, diz Binding, ha n'isto uma flagrante contradicção, e assim só se justificam a queixa e a accusação privada onde também abre-se espaço á pena privada» (1.º, 614). A opinião de Binding é uma consequência do seu systema. « Aquelles que HO crime vêem somente uma desobediência e na pena somente a confirmação do direito do Estado á obediência, seriam inconsequentes] admittindo o instituto da queixa» (Werkel). N. do trad.

que o procedimento contra crime ou delicto militar não depende de queixa do offendido ou de qualquer outra pessoa autorizada a dar queixa. Ir II.— Examinados mais de perto, os crimes de penderes de queixa classificam-se em dois grupos [essencialmente diversos quanto ao objecto e ao modo por que devem ser tratados ⁽²⁾]. I

1.º — As offensas de certos bens só se apresentam como ta.es, e só têm importancia para a [ordem publica, quando o offendido delias se resente [s d'isto dá testemunho na forma prescripta pela lei (requerendo o procedimento criminal contra o offensor). A offensa ao pudor de uma moça pôde ser por ella tomado como uma caricia ou como uma profunda affronta á sua honra. N'estes casos a apresentação dr. queixa é uma *condição de punibilidade* ; a assignação de um prazo dentro do qual ella deva ser dada justifica se com bons fundamentos; a retirada da queixa deve ser permittida (quicá até [o começo do plenário) e a divisibilidade vedada; a falta de queixa acarretará a absolvição com decisão definitiva da causa; si ha vários offendidos, o direito de cada um delles a dar queixa deve ser tratado de um modo independente; si se der concurso ideal com um crime que admitta procedimento oífficial, este poderá ser processado, apesar da ausência da queixa.

gr (*) Em substancia de accordo Berner, Dochow, H H, 4, 239, Geyer, Z, 4, 241 e na revista Grünhut, 2, 378, Hobzapfel, 283, Janka, 33, v. Meyer, 800, Merkel, 239, Stooss, *Grundzüge*, 1, 278, Schmidt, *Staateanwalt und Privatkläger*, 1891, p. 42, nota 1* (com designação da litteratura). — Em sentido contrario recentemente Finger, 1, 82, Steinitz, *Kompensation*, 1894, p. 22. — Esta distincção tem permanecido estranha á legislação imperial (abstracção feita do cod. do proc. p., art. 414); o projecto austiaco porém distingue os dois grupos, em principio, correctamente, posto que de um modo pouco feliz na applicação. Egualmente o projecto russo. / ^ } {,/

2.º — O segundo grupo se nos apresenta sob um aspecto muito diverso. Considere-se o estupro, cujo processo até a Novella de 1876 dependia de queixa ou considere-se a seducção de uma menor de 18 annos,] de procedimento irreprehensível (C. p., art. 182). 'Em taes casos o Estado tem, desde o começo, interesse em que se proceda contra o crimíe; mas a este interesse contrapõe-se terminantemente p* do ofendido pelo não procedimento (pois a investigação, e a discussão do facto, o *strepitus fori*, não seriam j para elle mais do que uma nova offensa e talvez/i superior em gravidade á primeira). Por amor dó/l ofendido, o Estado desiste de fazer valer o setf*; direito á pena, emquanto o ofendido não declara,] propendo a queixa, que no caso occurrente o interesse pelo não procedimento contra o crime que *de §* sua parte o Estado presuppunha, não se dá. §A* queixa não é então condição de punibilidade, mas; requisito para a effectividade do direito do Estado 73 á pena, é, consequentemente, um *requisito proces- i suai*; a falta de queixa não é causa que exclua a j pena, mas um obstáculo opposto ao processo no 3 sentido acima declarado (§ 43, IV), e assim a doutrina relativa a estes crimes, cujo processo depende de queixa, pertenceria, não ao direito penal, mas ao direito do processo penal. A concepção de uma I these diversa conduzirá, quanto ás conclusões men- cionadas acima sob o n. I, a resultados inteiramente diversos em quasi todos os pontos.

III.—Segundo o direito imperial vigente, o offerecimento da queixa deve ser considerado em todos os casos como condição do processo, e não como condição da punição, e portanto como requisito _J processual⁽³⁾. A falta de queixa tem por consl'

(*) De accôrdo o Trib. do Imp., e também Nesse), 9, Samucly, 19 v. Eries, 10, Lehmann, 16 Binding, 1.º, 610.—Consideram i

quencia a suspensão do processo, e não a absolvição do acusado. Em rigor a *theoria da queixa* pertence pois exclusivamente ao direito processual.

A queixa é regulada pelo C. p. do seguinte modo:

1.º — Autorisado a *dal-a* é,

a) na ausência de disposição especial de lei, ⁽⁴⁾ o offendido pelo crime, ou, em termos mais precisos, a pessoa investida do bem jurídico imediatamente lesada pelo crime, e, portanto, o proprietário no *damno real*, aquelle a quem pertence dispor do espaço cercado na violação de domicilio. Mas, para que o offendido possa dar queixa, deve ter completado 18 annos de idade (C. p., art. 65, ai. 1.º).

b) Em lugar do offendido, o seu *representante legal* (ou tutor), quando o offendido é menor* de 18 annos, louco ou surdo-mudo, ou quando a offensa

queixa como condição de punibilidade, e portanto como pertencente ao direito material, Beber, 67, Kohler, *Patentrecht*, 510, v. Kirchenheim, 65, Geyer, 1.º, 205.—Uma opinião intermediaria, muito pouco clara, é sustentada por Hälschner, 1.º, 711, Löning, 69, v. Meyer, 851, 352, Olshausen, g 67, 1, Sehütze, 168, nota 6, Fuchs, 33, Dochow, H H., 4.º, 242, v. Risch, *Verjährung*, 11 ^(b).

^(b) Eis as principaes opiniões sobre a natureza jurídica da queixa: 1.º a queixa é condição do direito de punir que, consequentemente, só surge com o offerecimento d'ella (v. Eönné, v. Bar, Kohler, Kirchenheim, Geyer); 2.º o direito de punir origina-se do delicto, mas o procedimento contra o culpado tem por condição a queixa (Heinze, Nessel, Koch, Oppenhoff, Berner, Meyer, bem como o Tribunal do Imperio); 3.º a queixa é condição do procedimento criminal, mas tem ao mesmo tempo importancia segundo o direito material (Klebs, Hälschner, Francke, Fuchs, Dochow, Olshausen); 4.º a queixa, em certos casos, é condição do direito de punir, em outros do direito de proceder contra o culpado (v. Liszt, de *lege ferenda*, ao passo que de *Itge lata* a queixa é requisito processual). Ver Binding, 1 c. N. do trad.

{*} C. p., arts. 102, 103, 104, 170, 182, 189, 196, 288 etc; art. 28 da lei sobre contrafacção. § <fif

é feita a um corpo colectivo (C. p., art. 65, ai. 2.º e 3.º, C. do proc. p.. art. 414).

c) Além do offendido, o seu representante legal, quando o offendido tem mais de 18 annos, mas é| ainda menor (C. p., art. 65, ai. 2.º), o marido e o pae nos termos do art. 195 (232), e o superior] hierarchico nos termos do art. 196 (232) do C. p. (6).|

Si o representante legal é cúmplice ou o autor do crime, ou deixa de cumprir o seu dever de dar' queixa, deve ser nomeado um representante especial, isto é, para o fim de dar queixa (6).

Quando o direito de dar queixa compete a di-l versos, ou porque sejam diversos os offendidos (por exemplo, a mesma palavra envolve uma injuria a varias pessoas), ou porque a queixa pôde ser dada não só pelo offendido como por outras pessoas que o representam, todas as pessoas assim autorizadas j são entre si independentes. Si uma d'ellas deixar passar o prazo dos três mezes sem dar queixa ou retirar a queixa dada, não fica prejudicado o direito dos outros (C. p., art. 62). Do mesmo modo as diversas pessoas, a quem compete intentar a ac-j cusação privada em virtude do mesmo crime, são

(6) Cumpre notar — especialmente sob o ponto de vista processual— que, **ainda** quando **varias** pessoas sejam competentes para dar queixa em razão da mesma lesão, trata-se somente de uma acção punivel, e, portanto, apenas de um direito á pena, cujo titular é sempre o Estado.

I (6) Nas legislações estrangeiras encontram-se frequentemente¹ disposições especiaes muito mais convenientes sobre este ponto. O prazo, dentro do qual, segundo o art. 61 do C. p., a queixa deve ser dada, começa a correr do dia em que o curador tem n'esta qualidade conhecimento do acto delictuoso e do respectivo autor. De accordo Binding, 1.º, 630; em sentido contrario v. Meyer, 364, Olshausen, § 65, 20. Do mesmo modo, quando o offendido é um alienado que ainda não se acha interdicto.

entre si independentes no exercício d'esse direito (C. do proc. p., art. 415).

A queixa, isto é, a declaração sobre a requisição do procedimento criminal, pôde ser também offerecida por procurador munido de poderes expressos para o caso. Diverso do mandato expresso é o tácito, isto é, o que resulta da vontade presumida sobre o oferecimento da queixa. Também este ultimo deve-se considerar como admissível, quando tenha sido confiada a outrem a defesa de interesses (especialmente a administração de bens) e um crime, cujo processo dependa de queixa, os offenda ⁽⁷⁾ (").

⁽⁷⁾ Igualmente o Trib. do Imp. (por ultimo os dec. de 22 de Fevereiro de 89, 19, 6 e de 8 de Dezembro de 90, 21, 281) com a opinião commum. Cons. Olshausen, | 61, 17. Em sentido contrario Bin-ding, 1, 662, Oohn, 1. c, Herzog, 408, Holzapfel, 628, v. Meyer, 812. —Esta faculdade é expressamente conferida ao representante do titular do direito residente no estrangeiro pelo art. 12 da lei sobre patentes de invenção de 7 de Abril de 1891 e pelo art. 23 da lei sobre marcas de fabrica de 26 de Maio de 1894.

I ^(°) Segundo o direito allemão, cabe ao ministério publico a missão de intentar a accusação publica em todos os casos que podem ser objecto de processo criminal (art. 162 do C. pr. p. ali.); mas relativamente a certos delictos especificados pela lei,— os denominados *§Aniragsdelikte* — esta attribuição só pode ser exercida em virtude de provocação do offendido ou de seu representante legal. A provocação ou requisição do offendido para ser agitada a acção publica é o que «e cbama queixa (*Antrag*), a qual deve ser dada por escripto ou tomada por termo (art. 166). Si o ministério publico não dá seguimento á queixa, intentando a accusação, o queixoso pode recorrer ao superior hierarchico do funcionario que rejeitou a queixa e, não tendo attendido, tem a faculdade de recorrer ao tribunal regional su-perior ou ao tribunal do Imperio, que podem ordenar a accusação do querelado (art. 170). Somente nos delictos de injuria e de offensas physicas, quando o respectivo processo depende de queixa, podem os offendidos intentar directamente a accusação, sem que seja necessário J invocar previamente o concurso do ministério publico (art. 414). E'

t*6

2.º—O direito de queixa é subordinado a um prazo, extingue-se (C. p. art. 61), quando a queixa não é dada dentro de três meses. O prazo começa a correr do dia em que a pessoa competente para queixar-se teve conhecimento do facto e do autoi ou somente de um dos autores, si são muitos ⁽⁸⁾, e corre, apesar de qualquer impedimento por parte da pessoa autorizada ⁽⁹⁾. E' no mesmo sentido a disposição do art. 35 da lei de 11 de Junho de 1870, concernente á contrafacção. Assim, si a noticia foi obtida por exemplo a 12 de Fevereiro, o prazo termina ao começar o dia 12 de Maio. Si a punibilidade do facto depende de uma condição que deve sobrevir á acção, o prazo só começa a correr com a realização da condição (acima, § 43, nota 6.) ⁽¹⁰⁾.

o que se chama *Privatklage* (accusação privada). O queixoso é então accusador e promove a acção, ficando salvo ao ministério publico o direito de chamal-a a si em qualquer estado da causa até a sentença definitiva (art. 417). Além d'isto, todos aquelles que tem o direito de sustentar a accusação privada ou de dar queixa, ou que tem o direito de reclamar a *Busse* ou multa privada, podem figurar também como *Nebenkläger* (accusador por intervenção) no processo promovido pelo ministério publico (art. 435). A acção de indemnização é sempre civil e só pôde ser intentada perante os tribunaes civis. N. do trad.

⁽⁸⁾ Dec. das camaras reunidas (do Trib. do Imp.) de 2 de Jari. de 84, 9.º, 39.º, Geyer, 1.º, 210, Olshausen, JS 63, 2.º, Borchert, *Veran- fviortlichkeit*, 18. Em sentido contrario, Binding, 1.º, 640, v. Meyer, 363.

⁽⁹⁾ Egualmente a opinião commum. *Contra*, Olshausen, J 61,60 ^(d). |

^(d) O prazo dos três meses é um *tempus utile*, e não um *tempus continuum* (Olshausen, 1. a). N. do trad.

⁽¹⁰⁾ Considerável alteração soffre este prazo nos casos de injuria e offensas physicas reciprocas (O. p. art. 198 e 232, O. do proc. p., art. 426), | porquanto o querelado é obrigado, sob pena de perder o seu direito, a dar queixa, ao mais tardar, até os debates finaes, mas, por outro lado, pôde fazel-o, ainda que a esse tempo o prazo dos três meses já tenha decorrido. O art. 84 da lei de 27 de Dezembro do 1892 concernente á gente do mar

3.º—A queixa é *indivisível*. Segundo o art. 63 do C. p., o processo deve ser dirigido contra todos os individuos (autores, cúmplices) que tomaram parte na infracção ou que a favoreceram (C. p., art. 257), ainda quando a queixa tenha sido dada contra um só d'entre elles; e a retirada da queixa contra um tem por effeito a cessação do processo em relação aos outros (C. p. art. 64, ai. 2.º). Não é pois admissível que a queixa se limite a algum dos co-réos, e, si tal succeder, ella deve ser considerada como inefficaz, ou como dirigida contra todos os outros, mesmo os não nomeados, conforme fôr a vontade presumida do queixoso. I

E' uma excepção apparente ao principio da indivisibilidade da queixa a que offerecem os crimes, §eujo processo depende de queixa relativamente, os denominados *relative Antragsvergehen*, isto é, os crimes, cujo processo só depende de queixa, quando o autor, ao tempo do facto, achava se em certa relação pessoal para com o offendido (ⁿ). Em taes casos tanto o offerecimento como a retirada da queixa só tem importancia jurídica para os co-delinquentes, a respeito dos quaes o crime não pôde ser processado independentemente de queixa; mas no circulo d'estas pessoas prevalece de novo a regra geral da indivisibilidade da queixa (*).

contém uma disposição especial sobre o prazo para a queixa (a revista de sabida). O prazo da prescripção corre independentemente do da queixa.

(«) O. p., arts. 247, 263, 289, 308.

L (^B) Em regra nos crimes, cujo processo depende de queixa, esta é um requisito absoluto: sem a queixa, não é possível procedimento criminal. Em certos casos, porém, a queixa só é exigida relativamente, porque só é necessaria, dadas certas relações pessoaes entre o delinquente e o offendido, cabendo o procedimento official, quando taes relações não se dão. Isto também procede, quando pelo mesmo acto são offendidas varias pessoas e o delinquente acaba-se n'essas relações para

4.º — Depois da NoveHa de 26 de Fevereiro de 1896 só é licito retirar a queixa nos casos em qu a lei o permite expressamente e, segundo o art. 64 do C. p., a queixa não pôde ser retirada depois da publicação de uma sentença de condemnação ^(ia).

5.º — A queixa deve manifestar positivamente a intenção do queixoso de provocar o procedimento! criminal (C. do proc. p., art. 156). Não é admissível a queixa dada condicionalmente, uma vez que se trate de verdadeira condição e não de simples re-J servas ^(f). Não tem valor jurídico a renuncia da queixa, bem como não é licito ao que desistio dâl queixa revogar a sua desistencia.

6.º — O direito de queixa é de natureza eminentemente pessoal e por isso não passa ao successor do offendido.

com algumas, e **não** para com outras. D'ahi a distincção entre *absolutf* e *relativa Antragsverbrechen*, segundo a terminologia de Reber geralmente! aceita. N. do trad.

^(1j) Os casos especialmente previstos são: O. p. art. 102 a 104, **194**, 247, 263, 292, 370, 232 e 303 (n'estes dois últimos casos, quando o offensor for parente do offendido) j lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção, art. 27; lei de 9, 10 e 11 de Janeiro de 1876 sobre os direitos de autor; lei de 7 de Abril de 1891 sobre patentes de invenção;' lei de 1 de Junho de 1891 sobre modelos de utilidade. A queixa dada pelo tutor pôde ser retirada pelo expupillo, quando este attinge á maiori-J dade, dec. do Trib. do Imp. de 19 de Novembro de 91, 22.º, 256.j Segundo o art. 431 do C. do pr. p., a desistencia da aceusação prl-j vada é perraittida até á publicação da sentença da 2.* instancia. Tal desistencia não envolve necessariamente a da queixa; é portanto possível o procedimento official.

^(f) Não é admissível a queixa, cuja efficacia dependa de uma condição suspensiva ou resolutiva, porque é da essência da queixa a. vontade certa por parte do queixoso de provocar o procedimento criminal. Simples reservas porém não affectam a efficacia da queixa, pois-j a vontade de que se inicie o procedimento criminal não deixa por isso de ser incondicionalmente enunciada. N. do trad.

SEGUNDO CAPITULO

O crime nas suas formas externas

I—A CONSUMAÇÃO E A TENTATIVA

§ 45. — A idéa da tentativa em geral

LITTEBATUREA. — Zacharias, *Die Léhire vom Versuch*, 2 v., 1836 a 39; v. Bar, *Zur Léhire vom Versuch und Tett-§nahme*, 1859; L. Colin, *Zur Lehre vom versuchten und un-Ivollenâeten Verbreehen*, 1?, 1880 (ver v. Liszt, *Z.*, 1? 33); Cohn, *Die Grundsätze uber den Thaibestand der Verbreehen §und der heutige Gattungsbegriff de» Versuchs*, 1889; Bauru-garten, *Die Lehre vom Versuch des Verbrechens*, 1888; Herzog, *Rucktritt vom Versuch und thâtige Reue*, 1889; Kroschel, *GS.*, 41, 273; Kohler, *Studien*, 1?, 20. — Oc-cupam-se com a historia da theoria da tentativa Pemíce, *§Labeo*, 2?, 40, Leger. *Versuch des Verbrechens nach ròmi-§ §schen Becht*, 1879, *Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des MitteUtlters*, 1869, Baumgarten e Herzog, *§eod. loc.* Pfenniger, *Strafrecht der Schweiz*, Eisenuiann, *Z.*, 13, 454 (Code penal).

I. — *Consuma-se o crime, quando é praticada a § acção que a lei incrimina, e especialmente quando se [produz o resultado que a lei considera como parte integrante desse crime.* O momento da consumação de-termina-se pois em relação a cada crime, segundo o direito vigente, que nem sempre considera como

circunstancia reguladora a. produção do mal próprio do delicto e não raro se resente de falta de clare e de lógica. Assim o momento da consumação não é o mesmo no furto (C. p., art. 242) e no desvio] (art. 246), ou na moeda falsa (art. 146) e na falsificação de documento (art. 276).

O crime é *tentado*, quando se opera o acto voluntario dirigido ao resultado que a lei incrimina^(*), sem que o resultado se produza. O que constitue a essência da tentativa no sentido da nossa concepção actual é a direcção do acto voluntário a um resultado não produzido, mas representado; a acção nos parece merecedora de pena, não considerada em si, mas por essa sua direcção. A razão da punibilidade da tentativa está pois no character perigoso do acto: com quanto não se produzisse o resultado que a lei não quer, o acto suscitou a possibilidade de que elle se produzisse.⁽²⁾

(*) Também aqui não é necessário que a representação do resultado seja o motivo impulsivo. Para a tentativa basta o *dolo*; apozar da letra do art. 43, a *intenção* não é necessaria, quando não o fôr também para a consumação do crime. Não é clara a decisão do Tribij do Imp. de 18 de Outubro de 1882, 7?, 119. Em todo caso também nesta parte basta o *dolo* indeterminado (eventual). Neste sentido as decisões do mesmo tribunal de 12 — 22 de Dezembro de 84, 12?, 64 e 29 de Março de 89, 19?, 90.

(») Semelhantemente Merkel, 132, Kohler, *Studien*, 1?, 20 (ac-J centuando porém o perigo geral). Os italianos e os francezes assignalam, como effeito da tentativa, o entibiar o sentimento da segurança, a perturbação da paz jurídica. A concepção tem importancia para a apreciação da tentativa impossivel. Cons. o § 47. — Rejeitada deve ser a opinião enunciada primitivamente por Lammasch, Rossi e outros, e por ultimo logicamente deduzida por Herzog, segundo a qual enl contra-se o fundamento da punibilidade da tentativa na presumpção de que o agente continuaria e completaria o acto começado (presumpção da « força de perfeição »),

H

I II. — A idéa da tentativa deve a sua origem á sciencia jurídica da Itália medieval. O direito romano não conseguiu estabelecer com firmeza princípios geraes. Ao passo que nos delictos praticula-Ires exigia-se, ainda no direito de Justiniano, a pro-dução effectiva de uma offensa, já as *leges Cornélia* comminavam as penas do crime consumado contra certos actos por sua natureza preparatorios e de tentativa. Sob a influencia da rhetorica litteraria e philosophante, foi-se accentuando mais e mais, sobretudo desde Adriano, o lado subjectivo do crime, a *vohmtas*, em opposição ao *exitus*, comquanto se punisse o *flagitium imperfectum* em geral com penas mais brandas (l. 1, § 2, D., 47, 11). O direito romano porém não se elevou a uma idéa geral da tentativa. Outro tanto pode-se dizer da idade media allemã. E' certo que nas leis barbaras encontram-se muitas vezes sujeitos á pena attentados contra a pessoa e contra a vida, embora não seguidos de resultado, como, por exemplo, golpes de faca, emboscadas, assaltos, immersões (cons. Brunner, 2^o, 558); mas, segundo podemos deprehender com segurança das taxas das multas comminadas, taes attentados eram reprimidos, não como actos de tentativa, e sim como crimes independentes, talvez como perigo de vida (*seolanãefa* na lei salica), e especialmente como perigo da paz publica (ainda assim no direito suíço moderno, como por exemplo no projecto do cantão de Aargau de 1892). Os direitos municipaes e os territoriaes também nenhum progresso apresentam, comquanto a praxe não receiasse enforcar o malfeitor pelos simples facto de ser encontrado com chaves falsas. Os escriptores italianos, porém, empenha-ram-se com ardor e com êxito em dar á tentativa character de idéa geral. Segundo a sua definição, a tentativa é um «cogitare, agere, sed non perficere», e de accordo com a intuição allemã, mas em opposi-

ção com a romana, entendiam que ella deve ser punida com penas mais brandas. Seguiram-nos o *Kla-gespiegel* e a Bamberguense. A Carolina contem no art. 178 uma definição em termos geraes e mui bem succedida: «item si alguém se abalançar a alguma malfeitoria por actos apparentes que para a consumação delia sejam próprios, sendo a consumação de dita malfeitoria impedida por outros meios contra a vontade do malfeitor, tal vontade perversa, de que, como fica dita, algum acto se seguir, será criminalmente punida; mas a punição será em certos casos mais severa do que em outros » As disposições da Carolina serviram de base ao direito commum e aos cod. territoriaes que a este se filiam. Procurou-se determinar de um modo mais preciso os diversos casos que deviam ser punidos com penas mais severas e ás mais das vezes distinguia-1 se entre o *conatus remotus* (actos preparatorios), o *propinquus* (actos de execução) e o *proximus* (tentativa finda sob a forma de crime *falho*) ⁽³⁾. Man-teve-se em geral a punição mais branda da tentativa. A equiparação excepcional da tentativa finda e do crime consumado, que Bohmer, Leyser e outros exigiam nos crimes mais graves e, por exemplo, o cod. bavaro de 1751 e o austríaco de 1768 admitti-ram, foi impugnada por Kock e outros, e rejeitada — por exemplo — pelo *Landrecht* prussiano de 1721. As disposições do Cod. penal francez,—as quaes lhe foram transmittidas pela lei de 22 *prairial*, anno 4^o, e remontam ao cod. josephino de 1787 ⁽⁴⁾, serviram de j

(³) Assim diz J. F. S. Böhmer que dá-se *conatus proximus*, quando o agente faz tudo «quantum in ipso fuit et ad consumandum delictum necessarium putavit».

(*) Ver Eisenmann, 628 (e acima, p. 81); a sua affirmacão porém de que o cod. josephino nunca entrou em vigor é completamente errônea.

modelo aos cod. allemães do século XIX; ás mais das vezes a tentativa é definida como « commence-íment d'exécution,» e a equiparação da tentativa e do crime consumado («toute tentative est le crime même») foi aceita (por ex.) pelo cod. prussiano de 1851 e pelo bavaro de 1861. A apparente definição do *Code penal* passou do cod. prussiano para o imperial e suplantou a antiga fórmula do direito allemão.

III. — A tentativa, como idéa geral, compre-hende duas especies.

1.º A *tentativa acabada* dá-se, quando o acto voluntário e encaminhado ao resultado conclue-se, sem que o resultado se tenha produzido. A esta categoria pertence (além dos casos em que o resultado é ainda duvidoso ou mesmo certo) o crime *mal-logrado ou falho* (certesa da não realisação do resultado) , como subdivisão da tentativa impossível, de que se tratará adiante no § 47. 2.º A tentativa *imperfeita* ou *não acabada* dá-se, quando o acto voluntário e encaminhado ao resultado ainda não está acabado ⁽⁵⁾ ^(fl).

V ⁽⁵⁾ A distineção do texto, correspondente a que fazem os direitos latinos entre *délit manqué* (frustrado) e *délit tente*, tem importancia com relação á desistencia da tentativa (C. p., art. 46, adiante § 48). Mostra também que a clausula «começo de execução» assignala, não a tentativa em gemi. mas somente a inacabada; daquellas palavras, portanto, não se podem tirar conclusões relativas ao crime frustrado, como muito frequentemente acontece. — Sobre a distineção cons. Berner, G. S. , 17.º; os relatórios apresentados por Berner, Lamra, Leutbold, von Liszt, Z., 1.º, 94, Janka, 139, Stooss, Revista do direito penal suiso, 1.º, 628. Contra a distineção Baumgarten, 442, (á p. 165 e 216 sobre a concepção franceza e italiana), Pfenniger, *Stafrecht der Schweiz*, 789, e outros.—Na autoria mediata (adiante, § 50, II), o que regula, com relação á nossa questão, é o acto do individuo determinado e não o do individuo que determina.

As principais fórmulas, com que os criminalistas allemães

O C. p. imp. dispõe no art. 43 : « quem, por actos que constituem um começo de execução, manifestar a resolução de cometer um crime ou delicto, será punido como culpado de tentativa, si o crime] ou delicto intencionado não se consumir. »

« A tentativa de delicto, porém, só será punida nos casos expressamente determinados pela lei.»

O C. p. imp. adopta pois, como havia feito d Cod. prussiano de 1851, a formula franceza—*le comA mencement d' exécution*. Pune outrosim, seguindo também o direito francez, a *tentativa de crime* em todos os casos especificados ⁽⁶⁾, em caso algum I a de contravenção.

Mas, em opposição ao direito franco-prussiano, a legislação imperial — e do mesmo modo o cod.j

tem pretendido definir ou descrever a tentativa *acabada*, são estas : 1.* o agente deve ter feito tudo quanto da sua parte *era necessário* para a consumação do crime (por ex. pôr fogo ao rastilho em com-municação com a bomba); 2.º o agente deve ter feito tudo quanto *Buppunha* necessário para o consumação do crime (pôr fogo ao rastilho que *suppunha* estar em eomunicação com a bomba) ; 3.º existe tentativa acabada quando o agente conclue a acção dirigida ao effeito, sem obtel-o. A 1.* formula é muito restricta, a 2.* muito ampla, a 8.* uma descripção imperfeita, pois, ainda mesmo que o agente tenba concluido a *acção*, pode restar a possibilidade de uma *omissão causal*.§ Ver Berner, Trat. , e v. Hamel, 1? 319. N. do trad.

(•) Os casos expressos são os arts. 107, 120, 140, 141, 148, 150, 160, 169, 240, 242, 246, 253, 263, 289, 803 a 308, 339, 350 e 852 do O. p.; lei de 14 de Maio de 1879, sobre viveres, art. 12 j lei de 21J de Maio de 1878, sobre a peste bovina, art. 1.º ; lei de 14 de Março de 1875, sobre bancos, art. 57, ai. 2.º; lei de 3 de Julho de 1893, sobre espionagem, arts. 2.º e 4.º. Sobre o O. p. mil., ver Hecker, 81. — **Seria** mais correcto só excepcionalmente deixar de punir a tentativãj de delicto, como fazem o Cod. holl. e o projecto austríaco. De accordo Hálschner, 1.*, 466; em sentido contrario v. Meyer, 250.—No campo do direito estadual pode ser também punida a tentativa de contra* renção.

húngaro e o hollandez — voltou á concepção do direito commum (muito duvidosa sob o ponto de vista da politica criminal), segundo a qual a tentativa deve ser punida menos rigorosamente do que o crime consumado; e garantio a observância deste principio, não só admittindo-o expressamente, senão [também estabelecendo uma escala penal reduzida relativa á tentativa (C. p., art. 41; adiante, § 70, 1).

Este principio soffre excepções nos seguintes casos :

f. 1.º — No crime de alta traição o C. p. pune a tentativa de assassinato, como o assassinato mesmo, com a pena de morte. O art. 153 da lei sobre a industria equipara também a tentativa e o crime consumado quanto á pena (⁷). I

s 2.º — Em um certo numero de casos o *empre-hender* uma acção criminosa é equiparado na pena á consumação do crime. Ver o C. p., arts. 81, 82, 105, 114, 129, ai. 1.º, 150 e 357; lei de 9 de Junho de 1884 sobre materias explosivas, art. 9.º; lei de 12 de Outubro de 1867 sobre o imposto do sal, art. 11; lei de 1 de Julho de 1869 sobre a união aduaneira, arts. 134 e 135; lei de 16 de Julho de 1879 sobre o imposto do fumo, arts. 32 e 38; lei de 24 de Junho de 1887 sobre o imposto do álcool, art. 17; lei de 31 de Maio de 1891 sobre o imposto do assucar, art. 40 etc.

3.º — Os actos preparatorios, que são punidos

(⁷) O art. 4.º da lei prussiana de 15 de Abril de 1878 sobre o furto florestal e o art. 8.º da lei prussiana do 1 de Abril de 1880 sobre a policia rural e florestal punem a tentativa com a pena da infracção consumada.

A legislação estadual, no campo que lhe é reservado, não está ligada ao principio do direito imperial (ver o § 19, nota 1.*). Sobre o d. p. mil., Hecker, 82. 2*/

como crimes independentes, caem, não sob a esd penal reduzida, mas sob uma escala especial. C.j arts. 83 a 86, 151, 201, e em parte 49 a.

V. — Devemos ater-nos á nossa concepção da idéa de tentativa e das suas duas especies na so| lução da celebre e tão vivamente debatida questão de saber em que casos razões lógicas nos podent| levar a considerar excluída a possibilidade da teni tativa.

1.º — A *tentativa de um crime culposo {a culpai attentata* do direito commum) é impossível, segunde) a nossa definição tirada do direito vigente. A politica criminal justifica também esta limitação. E'| justamente a representação do resultado, que nos habilita e nos autorisa a considerar o acontecido como) tentada producção de um resultado, que não se rea-j lisou. No crime culposo esta relação subjectiva da acção para o resultado (contida somente na repre-] sentação) é extremamente duvidosa (o agente, não| sabendo, por culposa ignorância, estar a arma car-f regada, a dispara contra outrem sem feril-o).

2.º — No dolo indeterminado a tentativa é possível. Como o dolo comprehende cada um dos resultados representados, o mais grave delles, realizado ou não, é o que deve regular para o julgamento criminal do agente. Consequentemente quem prevê como resultado de sua acção o ferimento ou a morte] do adversário, é culpado de homicídio tentado,] comquanto a acção somente tenha tido por effeito § o ferimento da victima ou não tenha tido resultado.

3." — *Quando a punibilidade da acção depelfy de uma condição objectiva*, a tentativa é possível, si a condição se dá desde o começo ou ocorre poste-^ riormente, e a acção falha ou fica incompleta (acima) § 43, III, 2). Esta regra tem applicação, quando

[se trata de um resultado grave como condição de punibilidade agravada (acima, § 35, nota 6.^a) (8)].

4.º — O crime por omissão (propriamente ou •impropriamente dito) pode em geral ser falho, mas não é susceptível de tentativa inacabada.—Exemplo : o guarda da via-ferrea, no intuito de ocasionar o descarrilamento do trem de passageiros, deixa dolosamente de remover o fragmento de rocha que rolára sobre a linha; si esse obstáculo é removido [por outrem a tempo, não se dá omissão punível, pois não estava ainda excluída a possibilidade de que o guarda o fizesse; si o trem passa sobre o obstáculo sem descarrilar, dá-se crime falho (b)].

t _____

(8) Exemplo: o estupro tentado causa a morte da pessoa ofendida (C. p., art. 178). Olshausen adopta em geral a nossa opinião I (ver por ex. o § 178, 3, em sentido contrario o § 43, 6). *Conirà*, [expressamente Binding, 1.º, 589, Baumgarten, 390, 378.

(b) A opinião *communis* admite a tentativa nos crimes por P; omissão impropriamente ditos sem distinguir entre a tentativa inacabada e a acabada ou Calha. A mãe que tenta matar o filho, privando-o de alimentos, revela a sua intenção por um facto exterior [que constitue começo de execução, e si o seu plano é frustrado em tempo por intervenção de outrem, dão-se, na verdade, todos os elementos de uma tentativa punível. As opiniões divergem porém quanto aos crimes por omissão propriamente ditos. Uns contestam a possibilidade da tentativa, pois a resolução só se pode manifestar pela omissão mesma que constitue o delicto; outros entendem que a tentativa é possível, mas não susceptível de punição, porque ou o agente pode ainda praticar a acção que a lei exige e neste caso não ha delicto, ou tal não é o caso e então o delicto está consumado (H. Meyer). E" v. Hamel (1.º, 320) pondera que nos crimes em questão a dificuldade da tentativa provem de que, consistindo o delicto consumado na inobservância de um preceito imperativo, não se pode facilmente figurar a não consumação (isto é, a observância do preceito) como effeito de circunstancias independentes da vontade do agente. Assim elle considera punível a observância não voluntária «sob a pressão da necessidade», e figura o caso do capitão de navio que fosse forçado pela

õ.º — Outrotanto se dá e pelas mesmas razão] com relação aos actos de execução que, sendo abs) lutamente uniformes, correspondem desde o começo] e em cada çõ momento de sua realização aos caractere) que a lei inclue na qualificação do crime. Conduzi o carro rapidamente através de ruas frequentada] fumar em lugar exposto a perigo de fogo, and] por terreno alheio e actos semelhantes não per^ initem, quanto ao modo regular de execução, que se distinga entre a actividade começada e a actiyil dade não acabada. Outro exemplo offerecem os actos] delictuosos commettidos por meio de divulgação de impressos. Mas em todos estes casos, como nos casos mencionados sob o numero 4, cumpre attender quej applicando-se um processo complicado para a pro-^ ducçfto do resultado (acima § 27, nota 2.^{ft}), dá-se a possibilidade de uma actividade incompleta.

6.º — Quando a lei commina excepcionalmente] contra actos preparatorios ou actos de tentativa, e especialmente contra o emprehendimento de uma) acção delictuosa as penas do crime consumado oii os pune como crimes independentes (acima p. 327), não é possível a tentativa, quer como crime fru^ strado, quer como actividade incompleta; pois a hy-J pothese de uma tentativa de tentativa, ou de ten-4 tativa de um acto preparatório não só occasionaria dificuldades lógicas insolúveis, como também affe-ctaria duplamente a regularidade das disposições] legaes já perturbada por aquellas excepções (°) (°).

tripolação a prestar auxilio na hypothese prevista no art. 414 do C p. holl. Esta solução porém vae de encontro ao dilemma de Meyer e de v. Liszt. N. do trad.

I (») Eguualmente Berner, 864, v. "Wachter, 200, Baumgarten, 401.1 *Contra*, v. Meyer, 253, Olshausen, § 43, 28, Oohn, 888, quando sej «rata de *delicia BUI generis*.

(°) Não pode haver tentativa de tentativa, diz Olshausen, porque

T46. — Actos preparatorios e execução

LITTEEATUEA. — Ver as indicações do § 45. Accrescentem-se Eosenblatt, G A., 36?. 67, e v. Meyer, *Der Anfang der Ausfuhrung*, donativo de festa a Berner, 1892.

I. — A razão de ser da criminalidade da tentativa está no perigo do acto de vontade que por Tia se manifesta. Apreciamos esse perigo, segundo o resultado, não de facto realizado, mas apenas representado na imaginação do agente. E' pois da essência da tentativa a relação do acontecido para o resultado que não se produziu. Essa relação leve estabelecer-se de modo a ser claramente reconhecida, para que se possa falar em tentativa. [Quanto mais afastado ficar o acontecido da consumação do crime, quanto mais primitiva fôr a phase *m* que a acção soffreu interrupção, tanto mais difficil, tanto mais incerta é a demonstração de tal relação. Si a resolução do agente seria bastante firme para que elle levasse a execução até o fim, lê si a acção se encaminhava realmente ou não ao pretendido resultado, é difficil decidir quando a acção não foi além dos primeiros impulsos para a realização da resolução. A compra de um revolver pode [ter sido effectuada para fins diversos. Quem nos diz que a arma era destinada a servir de instrumento a um assassinato? Quem nos diz, ainda

a tentativa supõe a resolução de commetter um crime ou delicto, isto é, uma resolução encaminhada á consumação de um crime ou de delicto. Outro porém é o caso, quando a lei qualifica actos preparatorios ou de tentativa como delictos especiaes. A lei os trata como *delicta sui generis* e ignora a sua natureza intima. Tem então applicação os principios geraes; segundo olles e em vista da natureza de cada um desses delictos é que deve deoidir-se si o delicto em questão admite ou não uma tentativa punivel. N. do trad,

quando não soffresse duvida o fim da compra, que o comprador teria a coragem de levar a sua resolução até o extremo ?

I Do exposto resulta a *necessidade de que fiquem impunes os actos de tentativa remotos*. Obtemos assim uma distincção entre os actos de tentativa, e podemos contrapor os remotos, como *actos preparatorios impunes*, aos proximos e puníveis, como *actos de tentativa* em sentido estricto.

II.— Mas em vez de deixar, como fora mais conveniente, ao critério da administração da justiça a classificação da acção dada no caso concreto em um ou outro grupo, a lei imperial, seguindo o direito francez, emprehendeu traçar uma vez por todas a linha divisória. A esse empenho devemos a definição contida no art. 43 do O. p.: «tentativa é a manifestação da resolução de commetter um crime ou de-lícto por actos que constituem um começo de execução d'esse crime ou delicto». A linha divisória entre os actos preparatorios e a tentativa propriamente dita (a tentativa punível) é dada pois pelo *começo de execução* — *le commencement oVexécution* do direito francez.

Com esta formula, porém, pouco lucrou a administração da justiça. Todo empenho para determinar-se de um modo mais preciso o começo de execução conduz a descrições destituídas de valor. Do art. 43 evidencia-se apenas que, segundo a mente do legislador, cumpre distinguir o preparo e a tentativa, e que só devem ser punidos como tentativa os actos que se approximam da consummação do crime ou delicto. As expressões — *começo de execução* — não denotam mais do que a antithese entre os actos que preparam e os que facilitam o commettimento, ou, como (descrevendo também) poderíamos dizer, indicam os actos voluntários que já constituem uma parte real do facto incriminado pela lei.

Assim a tentativa punível da bigamia só começa com a celebração do (segundo) casamento; a do perjúrio com o começo do acto do juramento; a do lapto, do furto só no momento em que é interrompido o poder tutelar de quem d'elle está investido ou custodia do dono; nos chamados *crimes compostos*, § como o roubo, o estupro, dá-se tentativa punível, logo nua o agente começa a empregar a violência etc. (*).

(*) De accordo no essencial (como já anteriormente Zacarias Jerkel, 128, Olshausen, | 48, 4, Stoos, *Grundzüge*, 1.º, 214, e especialmente o Trib do Imp., cuja ultima decisão é de 20 de Novembro de 1, 15.º, 56. De modo semelhante também Baumgarten, que exige uma relação directa entre a acção aggressiva e o objecto da aggressão (o *SM-ito paciente*, como elle diz, seguindo a Carrara). Imprestável é a formula de Lönning, *Haftung des Redacteurs*, 152, bem como a de Mfyer, c? Segundo este escriptor, dá-se execução em opposição a preparo, quando o agente põe uma condição para o resultado considerado na sua importancia abstracta e não na sua forma concreta; dá-se portanto tentativa de homicídio, quando o agente faz alguma coisa que se possa considerar como um modo, qualquer que elle seja, de attentar contra a vida, v. Meyer faz assim uma descripção que absolutamente nada exprime. Não se contesta que a tentativa de morte seja um acto tentado contra a vida de outrem; mas quando tal é o caso é o que desejamos saber, e sentimos que v. Meyer também nada nos adiantasse. Elle suppõe responder a objecção, affirmando (p. 24, nota 2.*) que « o muito zelo pela politica criminal não deixa valor das *construcções juridicas*»; mas esquece que os adversários, a que se refere, contestam somente o Valor da *sua construção juridica*. Cons. contra v. Meyer também tv. Buri, G S., 48, 67. E' de todo incorrecto pôr completamente de parte a definição legal e com Hälschner, com a anterior praxe saxonica etc, admittir a punibilidade do acto, logo que elle se revela de um modo indubitável a intenção do agente. Contra esta doutrina, também aceita pelo tribunal supremo da Áustria, cons. Rosenblatt (*).

(*) A execução de um delicto, diz Olshausen, § 48, 12 e 14, [consiste no emprego e do acto que são necessários para a realisação das circunstancias constitutivas do delicto (*corpus delicti*); n'este sentido a execução se contrapõe o preparo. Os actos preparatorios com-

%0*f

III.— A lei abriu algumas excepções ao principio da impunidade dos actos preparatorios. A estai excepções pertencem todos os casos em que a lei sujeita a penas um acto preparatório ou commina contra o emprehendimento de uma acção delictuosa as penas do crime consumado (acima p. 327); poia

prebendem todos os que não pertencem aos elementos do delicto, mas visam o commettimento do delicto e são destinados a tornal-o poa ou a facilital-o. H. Meyer, que a principio aceitara esta distincção, pronunciou-se por ultimo contra ella, considerando que em muitos caso* a lei qualifica, não uma acção determinada, mas a producção de um determinado resultado; concluiu d'ahi que o ponto de vista geral deva ser considerarem-se como actos preparatorios os que se apresentam so mente como condição do resultado em sua forma concreta, e como actos de execução os que se apresentam como condições do resultado em sua *importancia geral* (abstracta, essencial para a espécie do delicto de que se trata). JS' esta a *construcção jurídica* que o autor critica na nota supra. De accordo com aquella distincção entre os actos preparatório* a os de execução, entende-se geralmente que só se dá começo de exe

j
quando a actividade do delinquente já se exerce por um acto que fa* parte das circunstancias constitutivas do delicto; opinião que o autor compartilha, entendendo por começo de execução o *conotas proxin* a ultima actividade decisiva na serie dos actos representados pelo agente. Outros escriptores, como Schwartz, Hälschner, partindo do ponto df vista da denominada «theoria subjectiva*», contentam-se com a exigência de que do acto claramente se infira a resolução do agente de executar um crime determinado. A este subjectivismo oppõe-ae Merkel enegl» camente (g 45). «A distincção entre actos de preparo e de execução, diz elle, a que muitos não querem ligar uma importancia objectiva ou mesmo nenhuma importancia, deriva do modo por que una e outrof aio em geral representados, e não tem aentido diverso no tocante a commettimentos delictuosos do que tem no tocante a commettimenttf lícitos. O preparoMe um furto distingue-se da sua execução no meai aentido em que o preparo de uma viagem, de uma experiência, de uma festa, de uma representação theatral, se distingue da respectiva reaU* sacão. Ninguém vê o começo da execução de uma experiência na acquW sição dos materiaes necessarios, ou na locação do local ou em c



a idéa de empreendimento é mais ampla do que a de tentativa, rigorosamente limitada no art. 43 do C. p. O empreendimento compreende também actos

que, como preparatorios, não entrariam no domínio da tentativa punível⁽³⁾.

§ 47. — Da tentativa impossível

LITTEBATUBA.-r Além das obras mencionadas no § 45, Herzt, *Versuch mit untauglichen Mitteln*, 1874; Lamroasch, *Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Ver-*

actos quejandos que o género da experiência exija, destinados a produzir immediatamente os phenomenos em questão e para isto idóneos segundo as suas qualidades geraes. Que não vae n'isto somente uma distincção subjectiva salta aos olhos». Perigosa, por demasiado ampla, é a formula do proj. braz. revisto (art. 12) — «tentativa manifestada por *meios idóneos* para a execução do crime» — o que comprehende todos os actos preparatorios, ainda os mais remotos, que forem idóneos para tal fim. O proj. suiso não define a tentativa nem os actos preparatorios. N. do trad.

(*) A questão é muito controvertida. A opinião dominante considera o empreendimento simplesmente como tentativa. Justificámos desenvolvidamente o nosso modo de ver no trabalho intitulado «Fals-Lehen Aussage», p. 176 e seg. Contra a nossa concepção não se pôde invocar a definição contida no art. 82 do C. p.: «deve-se considerar como empreendimento, bastante para consumir o crime de alta traição, todo acto, pelo qual o desígnio do agente é posto immediatamente em execução», porquanto 1.º a definição ahi dada não pôde ser peremptoriamente ampliada para além dos limites da alta traição (dec. do Trib. do Imp. de 9 de Nov. de 80, 3.º, 26); 2.º o art. 82 encerra no I adverbio *immediatamente*, em relação aos actos preparatorios que confinam com a tentativa, uma limitação de direito positivo, estranha tanto á linguagem commum como á jurídica (dec. de 4 de Junho de 83, 8.º 354); 8.º apesar d'esta restricção, o empreendimento do art. 82 vae além dos limites da idéa da tentativa. Cons. a parte -especial (alta I traição, induzimento ao perjúrio). A favor da doutrina, Hälschner, 2.º, 926. *xog*

brechmsversucTies, 1878: Cohn, G. A. 289, 361; Geyer, Z. 19, 30; v. Buri, Z., 19, 185; v. Liszt, Z., 19, 33; Biinger, Z., 69, 352; Goldfeld, *Ueber dm Versueh mit untauglichen Mitteln unã untauglichen Objekten*, 1882; G. A., 369. 33 (Havenstein); Zucker, G. A., 369, 370 e ainda Havenstein, G. A., 379, 130; Zucher, G. A., 37, 274; Húther, G. A., 369, 433; Kroschel, G. S., 439, 216; Kohler, *Studien*, 19, 7. Cons. também os trabalhos de J. v. Kries, mencionados no § 28.

I.— Já entre os jurisconsultos romanos, desde Neratíus e Pamponio até Ulpiano e Paulo, parece que a criminalidade da tentativa impossível, com-quanto somente em relação a certos crimes, pertencia ao numero das questões debatidas. Os jurisconsultos posteriores esforçaram-se por distinguir os casos puníveis dos não puníveis, sem que conseguissem estabelecer um principio geral. O direito commum allemão e a legislação que sobre elle assenta occuparam-se com a tentativa frustrada a propósito de certog-J crimes, como o envenenamento, o aborto e outros,f] e ás mais das vezes a consideravam como uma causa | de atenuação que excluía a pena ordinária do crime consumado. No século actual Feuerbach (Trat., 4.* ed. de 1808) propoz a questão em termos geraes e desfarte reanimou a controvérsia sobre a punibilidade do crime frustrado. Ao seu ver, só a tentativa -| *perigosa* deve ser punida e por isso exige que *m* acção considerada nas suas condições externas esteja, em relação causal com o resultado intencionado. Esta. l exigência leva a distinguir o *meio* e o *objecto* da acção frustrada, e ainda (Mittermaier em 1816) ai distinguir a *impossibilidade absoluta* e a *relativa* no tocante ao meio e ao objecto. Tal doutrina, apesar das duvidas contra ella levantadas por muitos jurisconsultos, como Kóstlin, Halschner, v. Schwartz e outros, tornou-se rapidamente dominante e tem-se conservado até os últimos tempos. Assim dizia-se que a tentativa era absolutamente impossível, quando

o acto, attentos os meios empregados e em relação ao objecto da aggressão, em caso algum podia conduzir ao fim desejado (tentativa de morte com uma pistola descarregada ou contra um cadáver), e considerava-se a tentativa como relativamente impossível, quando o meio escolhido ou o objecto da aggressão era em these apropriado, mas, no caso dado, apresentava-se como inadequado em razão de circum-stancias especiaes (tentativa de morte com uma pistola que rebenta no momento da descarga, ou contra alguém que se acha protegido por uma cota de malhas).

Quanto ao modo de tratar um e outro caso, as opiniões eram muito divergentes. Alguns escriptores — n'este sentido a jurisprudência da Prússia, da Baviera, da Áustria, bem como a dos paizes latinos— queriam a punição da tentativa relativamente impossível : outros — n'este sentido a praxe de Wurtten-berg e da Saxonia — queriam a punição da tentativa, quer relativamente, quer absolutamente impossível. Apenas alguns jurisconsultos, como v. Bar, entendiam que a não idoneidade do meio não devia ser tratada do mesmo modo que a do objecto. Esta ultima opinião já se insurgia contra a distincção de Mittermaier, que começou então a ser criticada e impugnada. Raciocinou-se do seguinte modo : a tentativa assenta sempre sobre um erro relativo ás consequências da acção, isto é, sobre a supposição (errónea) de que uma acção inadequada para a produção de um resultado representado não o é. O que está pois em questão é a idoneidade da acção como meio para fim. Mas uma acção dada só pôde ser adequada ou não adequada para a produção de um certo resultado representado, isto é, só pôde ser causal ou não causal, e não mais ou menos não-causal. A distincção entre a inadequabilidade absoluta e a relativa do meio (ou do objecto) é con-

i#6

»

sequentemente um desconhecimento grosseiro da idéa de causa. O caracter essencial da tentativa está na manifestação da vontade tendente a uma lesão; mas essa manifestação encontra-se do mesmo modo na chamada tentativa impossível. E si toda tentativa assenta em um erro sobre a causalidade do acto, esse erro não pôde servir de fundamento para que deixem de ser punidos certos casos de tentativa. Esta ultima opinião obteve a franca adesão do tribunal do Imperio, que com toda a firmeza, collo-cou-se no ponto de vista representado especialmente e muitas vezes por v. Buri, e em uma série de decisões, sobretudo na celebre decisão das Camarás criminaes reunidas, de 24 de Maio de 1880 (*),

(*) 1.º, 439; e mais as dec. de 10 de Junho de 80, 1.º, 451 (tentativa de morte sobre uma criança que nasceu morta) j de 30 de Março de 83, 8.º, 198 (tentativa de aborto por parte de uma mulher que não estava grávida); de 1.º de Junho de 83, 8.º, 351, de 27 de Fevereiro de 88, 17.º, 158 (meio inadequado). A favor da doutrina do tribunal imperial v. "Waehter, 210, Hälschner, 1.º, 849, v. Schwartze, Herzt, 66, Lammasch, 63, Seuffert, Proj. ital., 167, Stenglein, G S., j 43, 228, e d'entre os estrangeiros, Qarofalo, *Criminologia*, 318. Contra. a decisão das camaras reunidas e a favor da impunidade da tentativa absolutamente impossível, Geyer, 1.º, 132, Merkel, 136, 132, Lõning, 50, "Wahlberg, Z. 2.º, 194, Binding, 1.º, 693, Rotoring, G A., 31.º, | 266, Búnger, Z., 6.º, 352, v. Robland, *Qefahr*, 78, Baumgarten, 358, Borchert, *VerantwortlichJceit für Handlungen dritter*, 69, Goldschmidt,] *VKritische Beleuchtung der Uebergriffe der historischen Schule und der§ Philoaophie in der MeeMwissenschaft*, 1887, Wehrli, *Kindesmord*, 81, | Pfenniger, *Strofrecht der Schweiz*, 776, Berner, 140, v. MLeyer, 261, | Post, *Grundlagen des Hcchts*, 863, v. Kries, *Preussische JahrbueherM* 75.º, 124 e outros. Não faltam também opiniões médias; ora deve-s* | distinguir entre a tentativa e falha nas circunstancias constitutivas do.| delicto, ora não se deve confundir a inadequabilidade da acção com a falta do objecto (ou também do sujeito, bem como do meio talvez espe- | ciaí mente designado na lei). Oons. as diss. de Kroschel e também Ols- j hausen, | 48, 20, 23,

reconheceu o character criminal da tentativa mesmo absolutamente impossível, sem recuar diante de qual-quer das consequências que resultem d'este principio.

II. — Dá-se tentativa impossível, quando o acto voluntário tendente a um certo resultado é inadequado para produzi-lo. A tentativa impossível apresenta-se ás mais das vezes, mas não exclusivamente, como crime frustrado, e portanto pode ser tanto

tentativa acabada, como inacabada. E' tão possível! que o agente fizesse os primeiros ensaios para abrir a fechadura com um instrumento completamente inadequado, como que chegasse ao cabo dos seus baldados esforços. Em um e outro caso dão-se indubitavelmente os caracteres da figura da tentativa. Segundo o direito imperial é punível a tentativa [impossível e em que condições o é? Para responder

la esta pergunta, cumpre afirmar absolutamente que o art. 43 do C. p., como o mostra a sua letra, não resolveu a questão nem tão pouco, como decorre dos motivos justificativos do mesmo art., a quiz resolver. O legislador quiz pelo contrario deixar á sciencia e á jurisprudência, como d'antes, a solução desta antiga e difficil controvérsia, para cuja decisão pião se sentio autorizado. E' pois indubitavelmente incorrecto este syllogismo do Tribunal do Imperio: « toda tentativa é punível; a tentativa impossível é tentativa; logo a tentativa impossível é punível ». Este syllogismo é vicioso, porque a maior não se funda na lei nem resulta de considerações geraes ⁽²⁾. Não tendo sido a questão resolvida pela lei, é

a essas considerações geraes que devemos voltar[^] para resolvel-a. ' A razão da criminalidade da tentativa está, como vimos, no character perigoso * da acção. A tentativa só pode pois deixar de ser criminosa, quando lhe falta aquelle character. Obtemos assim esta regra: *punível é a tentativa perigosa, impune deve ficar a tentativa não perigosa*. Esta conclusão encontra apoio no facto incontestável de que a nossa consciencia jurídica reage por modo diverso contra a tentativa, conforme o character perigoso do* acto que a constitue. Dada uma tentativa não perigosa, a nossa consciencia não reage immediata-mente, mas só mediatamente por via de um raciocínio: á diferença essencial na importancia objectiva do acto de tentativa corresponde assim uma grande dis-semelhança na impressão psychologica, que o acto produz tanto no ameaçado como nas demais pessoas⁽³⁾. 1

A tentativa é perigosa, quando e em tanto quanto o acto respectivo suscita a possibilidade im-minente da realisação do resultado (e desfarte o fundado receio de que elle se realise). Esta these precisa ser desenvolvida.

1.º — A acção não deve ser apreciada segundo uma generalisação arbitraria; deve sel-o, attenden-[^] do-se a todas as circumstanciaF ^articulares que a acompanham.

execução não pode ser consumada, ta>nibem não pode ser começada».

Correctamente Köhler, *Studien*, 1.º, 9. — Com isto cae também o ra-f ciocinio de Geyer: «a tentativa é uma realisação parcial do dolo; logo a tentativa impossível não é tentativa». Recentemente também J o reconhecem os que seguem w. ' " oa do tribunal imperial (Stençlein, | G S., 43.º, 228).

⁽⁸⁾ Semelhantemente I-iammasch, *l. c.*, Baumgarten, 248, Bunger, Z., 6.º, 861, J. v. Kries, 9.º, 534. Divergente Köhltr, *Studien*, 1." ,20, que considera como circui c stancia reguladora o perigo para a ordem j uridica..

2.º — A apreciação deve tomar em consideração (como prognostico posterior) as circunstancias salientes ou conhecidas do agente no momento da acção — momento a que o julgador deve remontar-se — e não as circunstancias que só posteriormente foram descobertas.

3.º — Somente quando, attentas as circumstan-
cias notórias ou conhecidas do agente no momento da acção, esta se mostra completamente inadequada para produzir o resultado, é a tentativa isenta de pena como não perigosa.

r Assim, por exemplo, a tentativa de aborto por parte de uma mulher que não está grávida bem pode ser criminosa, si a existência da gravidez não parece plenamente excluída; criminosa tentativa de morte contra uma criança que nasceu morta é de todo possível, si a morte não está inteiramente fora de duvida. E' diversa a solução nos exemplos escolásticos de que tanto se tem abusado: pedir a I Deus a morte do visinho (que Feuerbach citou pela primeira vez em 1808), enfeitiçar, executar o pre-| tendido malefício que, segundo a credence popular, impede a consumação do matrimonio, tentar matar com um tiro de pistola a B que se acha em uma barquinha na distancia de um tiro de canhão, etc. (*).

(⁴) O ponto de partida da nossa doutrina é o mesmo da doutrina dominante sobre a impunidade da tentativa a absolutamente impossível »: Aquella distingue-se porém desta essencialmente com accentuar [o «prognostico posterior» na applicação da idéa de perigo. De accordo iLoock, *Schutz der Eiaenbahnen*, 179. A' vista da divergência de [opiniões, e especialmente da contradição que tem encontrado o ponto [de vista do tribunal imperial, é desejável que a questão seja regulada (por lei. Ella se encontra regulada não só nos antigos cod. territoriaes da Aliem anha, como recentemente nos projectos da Inglaterra, (Rússia, Hespanha, Suissa (cod. mil.), bem como no cod. italiano. I Este expediente é também recommendado por v, Rohland e v. Meyer.

§ 48. — Da desistencia da tentativa

LITTEBATUBA — Herzog, *Eucktritt vom Versueh imã thätige Reue*, 1889 ; Heinz, *Der Rücktritt äes Mitthäters*. diss., 1890.

I. — Si vemos o fundamento da criminalidade da tentativa no seu character perigoso, dá se a criminalidade, logo que «se reconhece existir o perigo, e consequentemente a relação entre o facto e o resultado representado.

No momento em que o agente transpõe a linha divisória entre os actos preparatorios impunes e o começo de execução punivel, incorre na pena cominada contra a tentativa. Semelhante facto não pode mais ser alterado, suprimido, ou «annullado retroactivamente ». Pode porém a lei, por considerações de politica criminal, construir uma ponte de ouro para a retirada do agente que já se tornara passival de pena.— Ella o fez, convertendo em *cansa extinctiva de pena* a *desistencia voluntária* (C. p., art. 46) (*).

(t) Semelhantemente a decisão do Trib. do Imp. de 20 de Março de 88, 17.º, 244. — A principio procurou-se muitas vezes referir a razões jurídicas o effeito da desistencia relativo é isenção da pena, afirmando-se que a desistencia anniquila a vontade delictuosa, ou que no caso de desistencia a vontade não existia desde o começo ou pelo menos não existia com a necessaria firmeza. Herzog demonstrou terminantemente que taes opiniões são insustentáveis. Mas a opinião deste escriptor, (segundo a qual prohibido é somente o mal resultante do delicto, e, como a criminalidade da tentativa assenta na presumpção da vontade por parte do agente de executar o facto, essa presumpção é desmentida pela desistencia) não pode também ser aceita, visto como assignala incorrectamente a razão de ser da punibilidade da tentativa. — Poucos são 09 escriptores que não approvam a impunidade no caso em questão, como (além de John e Schutze) principalmente von Cohn, *IS*, 556, v. Buri, *Kausalität*, 1885, p. 141. Geyer, Opúsculos, 292j~ concede somente uma attenuação de pena.

Em textos esparsos o direito romano reconhece expressamente a importancia da desistencia da tentativa. Cons. principalmente a l. 19, *proem*, D. 48,10: «qui falsam monetam percusserint, si id totum forma re noluerint, suffrgio justo poenitentie absol-vuntur». — O art. 178 da Carolina exigia, para ser punida a tentativa, que o agente tivesse sido impedido de consumir o crime « por outros meios contra a sua vontade». O direito *commum* ora concedia a impunidade, ora moderava a pena. Destes dous alvitres foi o primeiro que prevaleceu nos *cod. ter-ritoriaes* da Allemanha; mas, em vez de estabelecer a falta de espontaneidade como característico da figura da tentativa, elles converteram (não assim o *cod. prussiano* de 1851 e o *bavaro* de 1861, que seguiram o direito francez) a desistencia voluntária em causa extintiva de pena. Este exemplo foi também seguido pelo art. 46 do O. p. imp.

II. — A desistencia voluntária é impossível, quando o agente já não domina mais o facto e as suas consequências, quer seja certa a produção ou a não produção do resultado; é portanto impossível no crime frustrado.

E' pelo contrario possível:

1.º na tentativa inacabada por não ter ficado completo o movimento corpóreo: «quando o agente, diz o art. 46, n. 1.º, do O. p., desiste da execução da acção projectada ». O agente deixa cahir o braço já levantado para o golpe; recolhe a mão já estendida para a taça envenenada. Terminada a acção tendente ao resultado, deixa de ter applicação o n. 1 do art. 46.

2.º na tentativa terminada, emquanto é ainda duvidosa a realisação do resultado, si o agente o previne (C. p., art. 46, n. 2), isto é, dando-se immediata intervenção do agente no sentido de fazer

parar a roda já em movimento das relações causas: a carta expedida pelo correio é durante o seu curso reclamada, o efeito do veneno Q neutralizado por um contra-veneno.

III. — Em um e outro caso a lei quer que a desistencia seja voluntária, visto como o n. 1 do art. 46 só concede a isenção de pena, quando « a execução não foi impedida por circunstancias independentes da vontade do delinquente », e o n. 2 exige que o agente, « por actividade própria », previna o resultado.

O melhor modo de assignalar a voluntariedade é contrapol-a ao seu contrario : o impedimento real ou de facto opposto á consumação do crime. A desistencia não se pode fundar em circunstancias externas ; deve resultar de uma resolução espontaneamente tomada pelo agente, pouco importando que tal resolução tenha sido suscitada pelo medo, pelo arrependimento, ou ainda pelos motivos mais vis, acaso pelo desapontamento de ser insignificante o valor da coisa que se pretendia furtar. Ao impedimento real deve ser equiparado o impedimento sup-posto ⁽²⁾. Não se pode exigir que a desistencia da resolução criminosa seja *definitiva* ^(a). Na segunda

(*) No mesmo sentido Herbst, O A., 32.º, 180, Baumgarten, 460; em sentido contrario Herzog, 248, Olshausen, § 46, 11 (que erroneamente nos contempla entre os que seguem a sua opinião).

(•) E' discutida a questão de saber si a desistencia voluntária supõe o completo abandono do empreendimento delictuoso em oppo» sição ao simples adiamento da execução. Alguns entendem que não é bastanto o adiamento para a isenção de pena; pois só a renuncia sup-planta a vontade malévola, que no adiamento fica inalterável — o adiamento não se refere ao crime em si, mas somente ao tempo e ao modo da execução. Schwarze pondera porém que esta dislineçãoj suscita dificuldades na pratica; de ordinário o agente, quando recua diante de um obstáculo, não tem clara consciencia do seu procedi



hypothese da lei a pena depende desfoutra condição — que a acção não tenha sido ainda descoberta, isto é, que pessoa alguma, afora os cúmplices ou o offendido (³), tivesse delia conhecimento.

IV. — A concepção, segundo a qual a desistencia espontânea é uma causa extintiva de pena, e que portanto exime da pena já incorrida, mas deixa intacto o character criminal da tentativa, tem impor-¹ tancia sob as mais diversas relações.

Segue-se principalmente d'ahi:

L 1.º — A desistencia do autor não exime de pena o co-auteur, o instigador ou os cúmplices por assistencia, porquanto o facto de terem elles tomado parte em uma acção criminosa subsiste. Mas o co-auteur e os cúmplices em geral podem também gosar do beneficio da lei. Ao instigador e aos cúmplices por assistencia não pode, é certo, aproveitar o disposto no art. 46 n. 1.º, por não terem completado a sua acção, pois, si esta não está acabada, elles 'não se tornaram ainda passíveis de pena; podem porém eximir-se de pena, impedindo de um modo

mento ulterior, e em regra a sua resolução a este respeito é tomada depois da desistencia da tentativa. A opinião predominante é que o agente deve ter completamente abandonado o empreendimento para a execução do crime, mas não considera necessário o abandono da resolução criminosa. JBerner, trat., g 106, H H., 2, 866. N. do trad.

(¹) Em sentido contrario a dec. do Trib. do Imp. de 12 de Março de 80, 1.º, 307. Segundo a doutrina do tribunal, nos crimes, em **que** o conhecimento do offendido é **uma** circum st anciã característica, como, por exemplo, na extorsão, o n. 2 do art. 46 do C. p. não pode ter applicação. Mas também em outros crimes essa doutrina conduz a resultados inadmissíveis e até perigosos. Si A propina veneno a B A não poderá advertir a victima, sem ficar sujeito* á pena. Com a doutrina do tribunal concordam Geyer, 1.º, 184, Olshausen, § 46, 20, Baumgarten, 464. .2/Q

independente o resultado de acordo com o n. 2 do art. 46⁽⁴⁾ ^(b).

2.º — Dirimida é somente a pena do crime tentado (art. 46 : « a tentativa, como tal, fica impune »), mas não deixa de ser punível o crime consumado! que acaso a acção tentada envolva. Neste caso costuma-se dizer, de um modo aliás pouco apropriado, que a tentativa é *qualificada*.

3.º — Quando a lei comina penas especiais

■ (*) No mesmo sentido Geyer, 1.ª, 134, Hälschner, 1.ª, 363, Janka, 152, Birkmeyer, *Teilnahme*, 156, Merkel, 134, e especialmente o Trib. do Imp., dec. de 16 de Março de 86, 14.º, 19, de 26 de Novembro) de 87, 16.º, 347. Em sentido contrario Berner, 160, v. Meyer, 279, Olsbausen, § 46, 7, Schiitze, 141, Baumgarten, 457, Herzog, 260 (de todo consequente no seu ponto de vista), Thomsen, *Bekämpfungsgamthoden*, 47, Meves, GA., 37.º, 397. E' ás mais das vezes esquecido que as causas extintivas de pena só aproveitam áquelles a cujas¹ pessoas concernem.

^(b) O O. p. alimão, apartando-se do C. fr., não incluiu na definição da tentativa punível, como circunstancia característica, a suspensão forçada da execução ; firmou em these no art. 43 a punibilidade da tentativa e sob forma de excepção declarou no art. 46 n. 1.º que a tentativa fica, como tal, impune, quando o autor desiste voluntariamente da execução. Esta redacção concorreu para obscurecer a verdadeira natureza da causa suppressiva de pena de que se trata. Uns entendem que a desistencia é uma circumstancia que produz o seu effeito *objectivamente* : quando a tentativa é, como tal, annullada, segue-se a impunidade para todos os co-delinquentes, mas, conforme a natureza das cousas, essa annullação só pode partir do. autor mesmo, e não do instigador ou do cúmplice por assistencia (Olsh., | 46, n. 7). Outros entendem, como v. Liszt, que a desistencia é uma circumstancia meramente *pessoal*, pelo que a desistencia do autor só a elle aproveita; o instigador e o cúmplice por assistencia I não serão punidos, ou porque, não estando acabada a acção respectiva, não é punível a tentativa de instigação ou de cumplicidade, ou | porque, si a acção estava acabada, procederam de acordo com o disposto no n. 2.º do art. 46. N. do trad.



contra actos preparatorios ou actos de tentativa, ou quando equipara o empreendimento do crime ao crime consumado (p. 327), não se dá o efeito dirimente da desistencia, attenta a falta de uma disposição especial de direito positivo ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ A favor da doutrina do texto pronuncia-se muito terminantemente o Trib. do Imp. na dec. de 29 de Abril de 84, 10.º, 324 ; igualmente v. Lilienthal, 53, v. Meyer, 267, Merkel, 876, Hecker, 209, Baumgarten, 470, Ziebarth, 352. Em sentido contrario Berner, 852, Geyer, 2.º, 127, HäUchner, 2.º, 785, 927, v. Meyer, 796, Schütze, 238, v. Wächter, 206, Herzog, 230. Segundo Olsbausen, g 46, 5, a desistencia só é inadmissível, quando se trata, não de equiparação na punição, mas de um crime *sui generis*. *Qlf*

II. — DA AUTORIA E DA CUMPLICIDADE

f j § 49. — Historia e estado da questão

LITTEBATURA. — Berner, *Teilnahme*, 1847; v. Bar, *Zur Lehre von Versuch und Teilnahme*, 1859; v. Bari, *Zur Lehre von der Teilnahme*, 1880 (desenvolvimento da teorial subjectiva); Langenbeck, *Teilnahme*, 1867-68; Schiitze, *Notwenäige Teilnahme*, 1869; Geyer, H. H., 2?, 319, 4?, 141, opúsculos, 161; v. Kries, Z., 7?, 521; Hirsch, *Ueber äem TJhterschied ztoischen MittäterscJiaft und BeihU/e*, 1881; Schmidt, *MittäterscJiaft*, 1882; Borchert, *Ueber äie strafrechUiehe Verantwortliehkeit für Handlungen äritter, insbesoi* äere uber Teilnahme und mitteWare TäterseJwft*, 1888; Hermes, *Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen*, 1878; Birkenmeyer, *LHe Lehre von der Teilnahme und äie Becht-sprechung des äeutschen Beichsgerichts*, 1890. Contra ellej especialmente Löffler na revista Grünhut, 19?, 511, bem como V. Buri, G. &, 459, 1; Foinitzky, Z., 12?, 54; Köhler, *Studien*, 1?, 92, 106; Stutte, *Komplott und Bonde*, diss. 1887; Forke, *LHe begriffliclie TJnterscheidung zwischen TJrheberschaft und BeihUfe*, 1890; Mintz, *LHe Lehre von der BeihU/e*, 1892; Mössner, *Lie mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Beruck'sieJdigung des LTypnotismus im Strafrecht*, 1892. — Sobre o direito germânico, Brunner, 2?, 565.

M

I. — O principio, oriundo da idéa de causal (acima, § 28), segundo o qual não somente o autor, senão também todos os indivíduos que tomam parte I na pratica de uma acção criminosa devem ser re-sponsabilisados pelo resultado que a acção produz, tem sido reconhecido em todos os tempos e admít-tido em todos os systemas jurídicos. Mas si as I

diversas formas de coparticipação distinguem-se idealmente e como se devem distinguir, si a parte de cada um na culpa e- no facto determina-se differen-temente e como deve ser determinada, e como nessa

i conformidade deve ser medida a pena, são questões sobre que as opiniões muito tem divergido até os nossos dias.

Não foi somente pela fórmula ordinária das > *leges* do tempo das *Questiones perpétuos* — *cujus ope, consilio, dolo maio id factum erit, quive id fieri jussit faciendumve curaverit* — que o direito romano comminou pena aos cúmplices — *auetores, socii, ministri, fautores, participes*: assim foi em todos os tempos. Mas só a posição mais livre do juiz no processo *extra-ordinem* tornou possível aquelle juizo critico, que era a condição do desenvolvimento ulte-

i rior da doutrina. Entretanto o direito romano posterior não chegou a firmar princípios geraes. Na Allemanha da idade média equiparou-se quanto á pena o instigador ao autor, pelo menos em um certo

I numero de crimes. Com relação, porém, á punição do cúmplice por assistencia, variava o desenvolvimento completamente segundo o crime; ora (como na paz publica de 1235) o concurso prestado por meio de *conselho* e *acto* era punido do mesmo modo

I que a autoria, ora (espelho da Saxonia, II, 25, ri, II, 13, 6.º) só o verdadeiro auxiliar, o *rechte Volleist*, sem cuja cooperação a pratica do crime não teria sido possível, era tão punido quanto o autor, ao passo que os demais cúmplices soífriam penas

I inferiores. Sobre o instigador recahia a mesma pena da autoria, quando não pena mais rigorosa.

Neste ultimo ponto de vista achava-se também a sciencia da Itália medieval, que distinguia da autoria o *consilium*, o *auxilium* e o *mandatum*, e punia com as penas da autoria o *mandans*, como *socius principalis, qui causam dat delicio*. Também ella não

atingio a resultados definitivos e geralmente recebidos. Assim a Carolina teve de abster-se de dar uma definição no art. 177 e remetteu simplesmente o juiz ao parecer dos jurisperitos: «aquelle que, scientemente e de modo perigoso, der auxilio, assistencia ou favor de qualquer natureza e qualquer que seja o nome que tenha, a um malfeitor para a pratica de um crime, será punido criminalmente e por modo diverso segundo os casos; devem pois os

juulgadores, em taes casospedir conselho».— No" art. 107 (perjúrio) encontra-se especial menção do instigador.

A sciencia e a legislação do direito commum não poderam também obter idéas firmes; as distinc-ÇÕES que estabeleceram — cumplicidade anterior, concomitante e posterior ao facto (esta ultima considerada ás mais das vezes como crime especial), cumplicidade geral e especial, principal e accessoria, *physica* e *psychica* — são tão destituídas de precisão quanto de utilidade pratica.

II.— Na legislação do século XIX o desenvolvimento da doutrina tem sobretudo dependido da solução de duas questões fundamentaes.

1.º— A idéa da instigação presta-se a uma dupla concepção. A instigação pôde ser considerada como producção mediata do resultado, como causação, mediante a qual a acção influenciada do agente vem a ser somente um annel na cadeia causal. A instigação é então *autoria mediata* (autoria intellectual). Contra esta concepção, a única que tem base scientifica (¹)

(¹) Foi a doutrina dominante desde os juristas italianos da idade média até o século XIX. D'entre os modernos defendem-na Ortolan, J Oarraud, Binding, Janka, Kobler, Foinitzky e outros. Cons., entre os trabalhos recentes, os *Grundzuge* de Stoos e o *Cod. penal* de Seuffert, 1.º, 23. Nos nossos dias foi Birkmeyer quem com o maior brilho deeen-volveu a doutrina contraria, levantando* até consequências intoler^p

e que na administração da justiça conduz a resultados proveitosos, objecta-se que o autor não passaria então de um instrumento nas mãos do instigador, o que é incompatível com a hypothese da liberdade humana. Em boa lógica dever-se-hiá d'ahi deduzir a plena impunidade do instigador, que é assim posto fora de toda relação causal. Ninguém porém teve ainda a coragem de tirar esta consequência inevitável. Eis a conclusão a que se chegou: admite-se, de um lado, a «interrupção do nexu causal» entre a acção do instigador e o resultado devido á acção livre e doíosa do autor imputável (acima p. 202), rejei-tando-se assim a concepção da instigação como autoria mediata, e, de outro lado, considera-se a instigação como *participação* no facto praticado pelo autor. Tal é o ponto de vista do direito vigente. D'est'arte a instigação toma um caracter accessorio: a sua criminalidade depende da criminalidade da acção praticada pelo autor.

2.º— Quem põe uma condição para a producção do resultado, é por este responsável. A doutrina dominante porém, dado o concurso de vários indivíduos para a pratica do mesmo crime, quer distinguir entre causar e pôr uma simples condição. Quem causa é *autor*, e, quando causa conjuntamente com outros, *§co autor*. Quem põe apenas uma condição é *cúmplice*. D'este modo a cumplicidade por assistencia é convertida em co-participação não autonómica no facto de outrem. Mas como a distincção entre causa e Jeonção é insustentável (acima p. 204), falta egual-r mente á distincção entre a autoria e a cumplicidade \$ uma firme base objectiva. Não admira, pois, que a I sciencia e a jurisprudência, para manter a distincção, 1 se tenham deixado transviar por uma theoria pura-¹ mente subjectiva (cons. adiante o § 50, nota 5.^a) (²).

1^ ----- 3'3 'A

(*) Muito imantes as considerações de v. Buri, Gr S., 45?, 85.

Eis porque a novíssima legislação estrangeira chegou a este resultado,—abandonar inteiramente a distinc-ção (projecto norueguense), ou suavizar-lhe a aspereza (C. p. italiano e projecto russo), ou pelo menos abolir a redução obrigada da escala penal com relação aos cúmplices (projecto austríaco) (*).

(*) A theoria da autoria e da cumplicidade é uma d'aquellas em que se fazem sentir as novas tendências do direito penal, isto é, da escola que liga a importancia capital, não ao delicto, mas ao delinquente, segundo a sua culpa e *temibilidade*. v. Liszt, como Getz, Foi» nitzky, v. Lilienthal, etc, não vê distincção essencial com base obje-ctiva entre a provocação, a acção e a cumplicidade; por um lado, os autores e cúmplices são todos factores ou concausas do delicto, e, por outro, cada co-delinquente deve responder em razão de sua execução pessoal, e não pela sua coparticipação no facto de outrem. A doutrina clássica faz repousar a questão da cumplicidade sobre noções subtilezas¹ que, ás mais das vezes, são destituídas de valor theorico e de facto inapreciáveis, bem como suscita uma série de dificuldades (ver o *Bolletín* da U. I. de D. p., 6.º v., 1.ª caderneta de 1896). Eis como v. Hamel expõe o contraste entre as duas theorias. « Está no primeiro plano esta questão de principio, si a responsabilidade dos co-delin-quentes que não são propriamente autores (os -instigadores e os co-delin-quentes por assistencia) tem caracter *autonómico* ou caracter *accessorio*, isto é, si é determinada exclusivamente pela actividade com os seus] respectivos resultados e pela culpa dos agentes, ou si é determinada, de um lado, por esta, e, de outro, pelos actos que o autor praticou. Theoricamente a doutrina do caracter *accessorio* procede d'estas duas idéas fundamentaes: 1.º *autor* é somente aquelle por cujos actos o acontecimento realizou-se, o delicto foi praticado, o resultado que o constituiu produzio-se, e 2.º, a responsabilidade criminal dos outros co-delin-quentes deve ser apreciada somente em relação com a parte que teve-j ram naquella resultado ou delicto, concepções estas a que se oppõe não só a nova doutrina da causalidade, que considera causas do acontecimento todos os que concorreram, mesmo lateralmente, para produzi-lo *in concreto*, senão também uma justa concepção criminologica que concentre a attenção em cada pessoa e nas suas disposições. D'es tas duas ultimas intuições certamente resulta que todos os denominados actos de participação ou co-delinquencia devem ser puramente apreciados e tra-

III.—A sciencia do século XIX foi mais feliz? | introduzindo na legislação, de um lado, a distincção entre a conspiração e a associação de malfeitores §[*Bandé*), e separando, de outro lado, o favorecimento dos diversos modos de co-participação de [vários indivíduos no mesmo crime, com o que contribuiu consideravelmente para a simplicidade e clareza d'esta ultima idéa.

W 1."—*Conspiração* é o concerto de varias pessoas para a pratica de um ou mais crimes determinados; *associação de malfeitores* é a reunião de varias pessoas para o fim de commetterem crimes individualmente não determinados.

A antiga doutrina responsabilisava pelo resultado total todos os sócios «como instigadores recíprocos» ou punia o concerto mesmo como tentativa do crime em questão. A sciencia moderna defende, pelo contrario, o principio de que, sendo diversos os agentes, o crime perpetrado só lhes pôde ser imputado, conforme cada um d'elles pelo seu procedi-

tados segundo o seu character autonómico. Praticamente a doutrina do character accessorio nos leva a estes resultados: o instigador e o cúmplice auxiliar são responsáveis pelo delicto consumado, si o delicto Bconsumu.se, e pelo attentado, si não houve mais do que tentativa punível ; não são responsáveis, quando á instigação e á assistencia faltam aquelles resultados; outrossim na tentativa a punibilidade do autor os prejudica, ainda quando elles é que tenham impedido a consumação do I delicto; a impunidade do autor lhes aproveita, ainda quando nenhuma parte tivessem no impedir a execução—consequências contra algumas | das quaes as duvidas devem, surgir espontaneamente ».—A mesma tendência também nota-se no proj. do .Cod. suisse, que, sem definir a [autoria e a cumplicidade, limita-se a dispor (art. 13): «instigador é o [que intencionalmente decidio outrem a commetter um delictoj incorrerá na mesma pena do autor. Cúmplice é o que intencionalmente prestou assistencia ao delicto de outrem ; a respectiva pena *poderá* ser j attenuada ». — O art. 14 do proj. braz. (revisto) não simplifica a questão. §

N. do trad.

mento no caso dado tenha realizado as idéas da autoria, da instigação, ou da cumplicidade por assistencia, bem como considera fora de questão a tentativa, em quanto não se dá começo de execução. Cabe porém ao legislador sujeitar a penas o concerto e a associação, como crimes *mi generis* ou considerá-los como circunstâncias agravantes. A legislação imperial adoptou o primeiro alvitre em relação á conspiração no art. 83 C. p. e nos arts. 59, 72, 100 e 103 do C. p. mil., assim como em relação á conspiração e á associação no art. 6.º da lei de 9 de Julho de 1884 sobre materias explosivas; ao passo que nos arts. 146 e 147 da lei de 1 de Julho de 1869 sobre a união aduaneira e nos arts. 87 e 91 da lei de 27 de Dezembro de 1872 sobre gente do mar considera a 1ª conspiração somente como circumstancia aggravante, e nos arts. 243, n. 6, 250, n. 2, do C. p., art. 135 do C. p. mil., e art. 146 da lei sobre a união aduaneira adopta também o segundo alvitre no tocante aos crimes commettidos por quadrilhas.

2.º— O *favorecimento* não é uma forma de concurso de vários individuos para a pratica do mesmo crime. Como o favorecimento só é possível depois de praticado o facto, falta-lhe o unico character que é commum a todas as formas de cumplicidade — o pôr uma condição para o resultado que se produzio. f O favorecimento é consequentemente crime *mi gc-% neris* e, como tal, pertence á parte especial. Esta concepção, que no campo scientifico é apenas impugnada por alguns escriptores (v. Meyer, 301, Merkel, 153, Kohler, *Studien*, 1.º, 115, 118, que admite uma «cumplicidade indirecta»), é aceita não só pelo C. p. imp., em opposição n'esta parte ao C. p. francez,.-* senão também pela maior parte das leis e dos projectos estrangeiros (Cod. italiano, projecto russo,.; austríaco, etc.).

IV. — E' uma idéa completamente mallograda a do *concursum necessarium* ou cumplicidade necessaria (Schiitze), que dar-se-hia nos crimes, para cuja perpetração é idealmente necessário o concurso de varias pessoas (o adultério, o incesto, o duello de um lado, e, de outro, a revolta, a sedição, o motim). Os que a defendem, esquecem que n'esta parte tem também absoluta applicação as regras geraes sobre a cumplicidade, bem como que a culpabilidade de um cúmplice não é affectada pela impunidade de outro (talvez de boa fé ou não imputável). Uma idéa especial é pois supérflua e pôde somente servir para induzir em erro.

§ 50. — Da autoria

A autoria, como idéa distincta da cumplicidade, é a *causação ou o não impedimento de um resultado relevante, segundo o direito penal*. Cumpre distinguir diversos casos (*).

I. — Autor é, em primeiro lugar, o que executa só toda a acção criminosa, o que por si só realisa todas as circumstancias comprehendidas na qualifi-

(») Os criminalistas allemães distinguem a autoria (*Tkâterschaft*), a co-autoria (*Mitthàtersehaft*), e a participação ou cumplicidade *lato sensu* (*CTheilnahme*), e subdividem esta em instigação (*Anstiftung*) e cumplicidade por assistencia (*Beihilfe*). Empregaremos o vocábulo cumplicidade no sentido amplo; diremos no sentido restricto «cumplicidade por assistencia», «cúmplice auxiliar». — As idéas de autoria, instigação e cumplicidade, diz Merkel, não esgotam todas as formas possíveis de participação. Assim a ^assistencia prestada ao instigador a assistencia prestada culposamente ao autor, a assistencia para a pratica de um delicto culposo, o induzimento culposo para a pratica de delictos dolosos ou culposos, não se comprehendem em nenhuma das mencionadas idéas. A lei só teve em attenção as formas, que tem em geral importancia » (p. 137). N. do trad. J }&

cação legal do crime. Estuprador, por exemplo, é aquelle que força uma mulher e delia abusa; rou-bador o que tira a cousa alheia por meio de violência. Pouco importa que o resultado tenha sido produzido pela actividade physica do autor mesmo, ou mediante emprego de forças naturaes de um instrumento ou de um animal. Assim aquelle, que deixa o seu cão tirar um pedaço de carne do armazém do carnicheiro ou que açula o cão contra alguém, é tão culpado, como autor do furto ou da offensa physica, quanto aquelle que serve-se de uma varinha para tirar a salsicha da vidraça do guarda-comida, ou offende o olho de outrem com um soco ou disparando desastradamente uma arma carregada a chumbo.

Mas autor é também aquelle que serve-se de outro homem como instrumento ⁽¹⁾. Esta regra] soffre uma importante limitação em razão da idéa da cumplicidade, que o direito positivo adopta (adiante § 51). Onde porém tal idéa não é appli-cavel, tem applicação absoluta a regra geral ⁽²⁾.

II. — Dá-se pois, autoria nos seguintes casos (a chamada autoria *intellectual*, autoria *ficta* ou *mediata*) ⁽³⁾:

1.º Quando o individuo de quem o autor se utiliza não é imputável. Quem põe uma faca nas

(1) Sobre a utilização da própria pessoa vêr acima o | 36, III.

(2) O erro do agente sobre ser elle autor ou cúmplice não tem influencia (acima, § 38, IV). Quem ignora, que o individuo a quem determinou ou secundou é louco, não deixa por isso de incorrer em pena como autor. Em sentido contrario as dec. do Trib. do Imp. de 9 e 16 de Junho de 1884, 11.º 56 (bem como Birkmeyer).

(*) A idéa da autoria mediata é geralmente admittida pela sciencia e pela jurisprudência. Neste sentido Hälschner, 1.º, 368, 398, Janka, 148, v. Meyer, 228, 297, v. Spesshardt, *Versicherungsbetrug*, 74, especialmente Birkmeyer, e também o Trib. do Imp., dec. de 17 do

mãos de um louco furioso para que elle fira a outrem, é responsável pela morte como autor delia. Ao louco é completamente equiparado não só o infante, como o menor segundo o direito penal (acima, § 37, nota 2.^a). Com eífeito, a instigação, como participação não independente ou accessoria no crime de outrem, é impossível, quando por parte do individuo que foi utilizado para a pratica do facto não se dá acção criminosa. L 2.º — Quando o individuo utilizado não tem liberdade, isto é, quando é *coagido*, ou mais exactamente — quando concorrem os requisitos declarados no art. 52 do C. p.; porquanto, neste caso, a acção, deixando de ser illegal, deixa de ser criminosa, e

Janeiro de 80, 1.º, 146, 8 de Dezembro de 80, 3.º, 96, 14 de Junho de 81, 4.º, 256, 13 de Fevereiro de 85, 12.º 67, 28 de Janeiro de 89, 18, 419. Mas não raro suppõe-se (cons. Olshausen, 3.º cap. 5, Borchert, 90, 106, Lóning, *Haftung des Reäcteurs*, 149, 150), que ella deve ser excluída onde a lei exige commettimento pessoal. Assim não se deve admittir a responsabilidade de uma mulher por estupro, de um individuo que não é parente por incesto, ou de um individuo que não é funcionario publico por um crime de responsabilidade propriamente dito, quando ta es pessoas determinam um louco ou forçam um imputável á producção do resultado. Que a administração da justiça- é incompatível com tal doutrina não precisa ser demonstrado. Entretanto a ella deve o art. 160 do C. p. (induzir a jurar falso) a sua pouco gloriosa existência (cons. a parte especial). E' erro considerar a autoria mediata como responsabilidade criminal por actos de terceiros (assim a considera Borchert) ^(b).

^(b) Dá-se « autoria mediata», quando alguém commette um delicto por intermédio de outrem que, em razão de sua boa fê, falta de liberdade ou de iraputabilidade, não pôde ser responsabilisado. Esta hypothese pode muito bem verificar-se nos *delida própria*, si a pessoa que serve de instrumento tem as qualidades ou se acha nas relações exigidas pela lei, como elemento constitutivo do facto deli-ctuoso. Não ha razão para em taes casos abrir-se uma excepção ao principio. Também neste sentido van Hamel (1.º, 347). N do trad.

portanto é impossível dar-se uma cumplicidade punível.

3.º — Quando o individuo utilizado não procede *dolosamente*, isto é, não prevê as consequências da sua acção. Quem, illudindo a enfermeira, a induz a dar arsénico ao doente em vez do quinino, que o medico prescrevera, não pôde ser considerado como instigador de um assassinato que a enfermeira não perpetrrou, mas é o próprio assassino ⁽⁴⁾. Nos casos em que a qualificação do crime exige a consciencia da ilegalidade, a ausência de sciencia equivale á ausência de dolo.

4.º — Quando o crime exige uma certa intenção (por exemplo, a intenção de apropriação no furto), e essa intenção não se dá no individuo utilizado para a pratica do facto, mas dá-se no instigador ⁽⁵⁾.

Em todos estes quatro casos ⁽⁶⁾ o que regula para o julgamento do autor é o procedimento do individuo que lhe sérvio de instrumento ⁽⁶⁾.

(*) Ver no § 61, nota 1.», o art. 20 da lei sobre contrafacção.

(5) Por ex., o amo manda dolosamente e na intenção de apropriação o criado tirar a coisa alheia, ignorando o criado que a coisa pertence a outrem. N. do trad.

(6) Um outro caso, inteiramente isolado, foi mencionado no § 34, I. (a ordem do superior hierarchico).

(6) Portanto (1.º), si o autor determinou eficazmente a acção de vários instrumentos, ainda que por uma só palavra, dão-se com relação aelle outros tantos crimes; cutrosim, si determinou um instrumento para a pratica de vários crimes. — (2.º) A tentativa só começa para o autor com o acto de execução praticado pelo instrumento. — (3.º) O autor não deixa de sel-o, porque tenha apenas praticado um acto de assistencia. Exemplo: o adulto A segura a victima, enquanto o adolescente B dá a punhalada. — (4.º) Si a lei exige uma determinada actividade physica (por ex., a escalada de que trata o art. 243, n. 2), deve a ucção ser effecluada pelo instrumento, afim de poder ser imputada ao autor. Semelhantemente em substancia a decisão do Trib. do Imp. de 21 de Março de 93, 24.º, 86. Vôr também a nota 8."

III. — Quando vários indivíduos, somente pelo seu concurso, realisam as circumstancias constitutivas do crime, cada um delles deve ser punido como autor. A lei admite expressamente este principio no caso da *co-autoria*, que o art. 47 do C. p. define como « execução em commum » de uma acção criminosa. D'ahi segue-se :

1.º — Co-autor é aquelle que toma parte no *acto de execução*, isto é, em uma acção já compre-hendida na qualificação do crime (acima, art. 46, II). Fica assim estabelecida objectivamente a differença entre o co-autor e o cúmplice por assistencia.

B' pois co-autor no assassinato quem faz um ferimento mortal; no furto quem subtrae a cousa; na burla quem toma parte no engano. Nos crimes compostos é co-autor quem pratica algum dos actos de execução que constituem o crime. Assim A e B são co-autores, si A subjugou a mulher O, ou ameaçou a D de um perigo actual para a sua pessoa ou vida, e B abusou de C ou tirou a carteira de D; porquanto a violência e a ameaça são circumstancias constitutivas do estupro e do roubo. Si A porém vigia, enquanto B pratica um furto com arrombamento, A não é co-autor, mas cúmplice ; pois o estar de vigia não é acto de execução no crime de furto ⁽⁷⁾.

(⁷) Diverge o Trib. do Imp. Apoiado na declaração expressa dos motivos do C. p., o tribunal tem, em uma serie de decisões, sustentado a opinião, também muitas vezes defendida por escriptores de direito penal, segundo a qual a differença é puramente subjectiva o se encontra na direcção da vontade do agente, isto é, o co-autor devo ter o *animus auctoris*, o cúmplice o *animus socii*, aquelle deve querer o facto como *seu*, e este como *facto de outrem*. Tudo depende somente da direcção da vontade, e não da participação objectiva, com tanto que tenha havido uma cooperação exterior qualquer; o fornecimento de instrumentos, a remoção de obstáculos, o facto de animar o agente, de estar de atalaia, em quanto os co-delinquentes executam o crime

ao

2.º — A lei, exigindo execução *em cotnnum*, mostra que o dolo dos co-delinquentes é um dos caracteres da idéa de co-autoria. Aqui o dolo envolve a representação <c de que o agente concorra] por meio da sua acção com a dos demais para um

planeado em *commum*, são factos que podem também ser punidos como actos de co-autoria. Neste sentido as ultimas dec. de 18 dej Março de 86, 14.º, 28, e 10 de Janeiro de 87, 15.º, 295. Semelhante] mente já se haviam pronunciado Abegg, Bfluer, Marezoll, Heffter,) Henk, Hepp, v. Wächter, e posteriormente Köstlin, Herzt, Janka, tilaser, v. Schwarze, e especialmente v. Buri, bem como os tribunães supremos da Saxonia e do Wúrtemberg. No mesmo sentido também Borchert, 44, bem como recentemente Olshausen, § 47, 5 (com um agrupamento de opiniões inteiramente arbitrário), Ziebarth, 851, v. Li-liental, 55, Köhler, *Studien*, 1.º, 96. No sentido da doutrina susten-¹ tada no texto anteriormente a jurisprudência de Berlin e Munich, e recentemente Berner, 156, Geyer, 1.º, 138, Hálschner, 1.º, 377, 420, Lõning, 93, 97, v. Meyer, 286, Merkel, 144, Schütze, 148, v. Kries,] *Preuss. Jahrbücher*, 75.º, 124, Forke, Mintz e outros, e especialmente.] Birkmeyer. Os adversários da doutrina do Trib. do Imp. partem da distineção entre causa e condição (vêr acima o § 28, V), que aqui é expressamente reconhecida pela lei. *De lege lata*, elles tem indubitavelmente razão. Mas como a distineção é scientifica o praticamente! insustentável e o tribunal também o reconhece com v. Buri, segue-se, como consequência irrecusável, a equiparação de *lege ferenda* entre a co-autoria e a cumplicidade. A opinião de v. Buri é portanto errónea, quer sob um ponto de vista, quer sob o outro (⁴).

(^d) Assim a linha divisória entre a co-autoria e a cumplicidade é traçada segundo duas theorias principaes, a objectiva e a subjectiva. A 1* procura a differença na natureza dos actos: o cúmplice pratica um acto de assistencia, o co-autor pratica um acto de execução, toma parte no facto que constitue o delicto ou que pertence aos seus ele-! mentos constitutivos, a Para distinguir o autor do cúmplice, diz] Berner (trat. § 109), o legislador usa da mesma expressão de que sei servira para distinguir a tentativa dos actos preparatorios. Por isso pode-se estabelecer este paralelo: os actos de tentativa são, no seu con-juncto, actos do autor e só os actos preparatorios podem ser actos doj cúmplice. Quem quer que praticar actos de execução será punido como

fim commuin ». Si falta essa consciencia da actividade collectiva, não pode haver co-autoria no sentido da lei. Não se dá pois co-autoria, quando em [um dos dois co-participantes falta a imputabilidade § ou o dolo ⁽⁸⁾. O mesmo succede, quando o segundo

autor, ou como co-autor, si forem muitos os executores». Mas, como, I no ponto de vista causal, não se pode em these fazer distincção entre] f os actos dos co-delinquentes, tudo depende da definição legal e a theoria I objectiva tem de considerar o mesmo acto ou actos analogos ora como P co-autoria ora como cumplicidade. Assim no homicídio o que segura

a victima é co-autor, ao passo que no furto o que mantém aberto o sacco d'onde outrem tira as moedas é cúmplice.— A theoria subjectiva, : prescindindo da natureza dos actos, procura a diferença nas intenções e disposições dos co-participantes mesmos, mas não achou uma formula satisfactoria. A formula — o autor obra *animo auctoria* e o cúmplice *animo socii* - pede que os seus termos sejam definidos. Em que consiste o «dolo do autor» e o a dolo do cúmplice»? O co-autor, diz-se, quer agir com outrem, o cúmplice quer auxiliar; ou o co-autor tem a intenção de cooperar no interesse próprio, e o cúmplice o de auxiliar no interesse da pessoa auxiliada; ou ainda o co-autor tem o intuito de fazer depender a pratica do delicto também de sua própria vontade, e o cúmplice o intuito de fazel-o depender da vontade de outrem. Essas definições encerram indicações que podem ser em certos casos úteis, mas que em muitos outros não se compadecem com a realidade. Além disto, a theoria subjectiva vae de encontro á letra da lei que positivamente faz consistir a co-autoria na « execução de um crime em commum». Olshausen propõe uma solução média, exigindo

para dar-se co-autoria, de um lado, a cooperação em um acto de execução, e, de outro, o *animus aueioris* no co-delinquente, isto é, o dolo

■ tendente á realização de um crime, «como crime próprio», v. Líszt

■ defende, de *lege laia*, a solução objectiva, mas, consequente com a sua I theoria das concausas, aboliria, de *lege ferenda*, a distincção entre a I co-autoria e a cumplicidade (ver a critica das duas theorias *apud* van • Hamel, l.«, 861). N. do trad.

⁽⁸⁾ De accordo o Trib. do Imp., dec. de 16 de Abril de 88, 117.º, 418, 29 de Abril de 80, 19.º, 192, (mas diverge — completamente I consequente com a opinião mencionada no § 37, nota 2?—quando se I trata de um menor de 12 annos). «£ l Jj

agente utiliza-se da situação que, sem previa sciencia sua, fora criada pelo primeiro (abusa, por exemplo*, da mulher que este ligara).

3.º — A co-autoria não é uma forma de participação (accessoria) em acção de outrem, mas auto* | produção ou não impedimento do resultado. Por isso a punição de cada co-autor é independente da do seu co-réo j um co-autor pode ser punido como assassino, e o outro como homicida, um como rou-bador e o outro como culpado de furto ⁽⁹⁾ (°). I — IV. — Quando varias pessoas tomam parte na j produção ou não-impedimento de um resultado, senv que se trate de uma execução em commum, cada um dos agentes é também responsável pelo resultado j como autor, presupposto que não se dê um caso de cumplicidade (adeante, § 51). Não é necessário, se* gundo a regra geral e na ausência de uma disposição especial de lei, que haja participação no acto de execução. Verifica-se esta hypothese, quando, por exemplo, vários operários que trabalham na demolição de um edificio atiram do alto do andaime uma

(9) E' um caso de co-autoria o *commetiimento em commum* que a lei penal converte frequentemente em circumstancia aggravante. Ver os arte. 119, 123, 228 a 293 do O. p., arte. 146 e 147 da lei sobre. a união aduaneira. Os princípios que vigoram em relação á co-autoria devem ser também mantidos em relação ao *commetiimento do crimâ por quadrilha*.

(*) «Oomquanto a mãe mate um receranascido illegitimo e outro individuo coopere como co-autor, não ha duvida que a mãe commette um crime de infanticídio, e o outro um homicídio commum. Este ultimo é co-autor, mas a mãe também é co-autora; de nenhuttj modo pude-se considerar a mãe como autora principal, a que se ligue o outro como simples co-participante. Poder-se-hia com tanta razão dizer que a mãe é co-participante de um homicídio commum < que o outro 6 co-autor de um infanticídio. A co-autoria não tira, como a cumplicidade, o seu próprio caracter da acção de outrens mas o tem em si». (Berner, 1. c). N. do trad.



lãave sem avisar os transeuntes, e por esse acto Imprevidente occasionam a morte de um homem, hferifica-se ainda, quando diversos agentes produzem o mesmo resultado pelo seu concurso ou deixam em commum de desvial-o, mas cada um delle procede por si dolosamente-, sem a consciencia de uma actividade collectiva. Em distincção da co-autoria que a lei regula, pode-se dizer que nestes casos se dá uma *^mtoria cottateral* (como espécie da pluralidade na authoria) ^(f).

§ 51. — Da cumplicidade

Cumplicidade, em contraposição á autoria, é o concurso para a causação ou o não-impedimento do resultado por *outrem* emprehendido. Segundo o direito vigente, a cumplicidade distingue-se em instigação e [assistencia.

I. — *Instigação é a dolosa determinação de outrem ¶ a acção punível que o induzido dolosamente praticou*, quer a acção constitua um crime, quer um leicto ou uma contravenção.

(^f) Segundo a opinião commum, o art. 47 do C. p. ali., que [define a co-autoria, só tem applicação quando dá-se o concurso consciente e voluntário, e portanto doloso, de vários indivíduos para a tecução de um crime. Dado este requisito, cada um dos co-autores, [embora só tenha executado uma parte do facto delictuoso, responde pelo crime consumado em virtude da actividade collectiva. Pode, porém, cceder que um crime seja consumado pela actividade de diversos ISgentes sem dar-se co-autoria no sentido da lei. Isto pode-se verificar rfem dois casos: *a)* vários indivíduos concorrem para a pratica de um bdelicto culposamente, como no exemplo figuiado no texto; *b)* vários indivíduos concorrem dolosamente para a pratica de um delicto, sem iá^{ue} cada um deites tenha conhecimento da actividade dos outros. Nestas Bypotheses cada um dos agentes só pode ser responsabilisado pelo que lÍ0z. visto como entre elles nenhum vinculo ha. Tal éa importancia pra-[%ca da *autoria collateral*, Begundo a terminologia do autor. N. do trad.

1.º — O C. p., art. 48, ai. 1.º, dispõe: *i* ser punido como instigador quem, por donativos, promessas, ameaças, abuso de autoridade ou de poder} ou por erro que de propósito tenha suscitado j alimentado, ou por outro meio, determinou dolosamente um -terceiro á acção punível que esse terceiro* *commetten* ».

A clausula genérica contida nesta definição — ou por outro meio — mostra claramente que a enumeração dos meios de instigação é apenas "exemplificativa e que qualquer meio, mesmo, em caso dado, a dissuasão apparente da pratica dá aegão, deve ser considerada como bastante. Por isso mesmo aá* leia penas de alguns paizes estrangeiros (como o coÀ húngaro, o projecto austriaco e o russo) (j se abstêm' completamente de enumerar-os. Releva somente observar que u influencia e a ameaça não devêfl) converter-se em «constrangimento» e que o en» suscitado não deve excluir o character doloso' dl acção, pois que em taes casos- dar-se-hia, em vez da instigação, a autoria mediata (§ 50, II).

A determinação pode também ser o resultado da influencia de varias pessoas, quer os instigadores actuem em commum (co-instigação), quer procedam independentemente uns dos outros.

2.º — A instigação é essencial -que um terceiras tenha sido dolosamente determinado á acção que praticou, isto é, que a resolução de praticar o factf* tenha sido suscitada em outrem. D'ahi conclue-s« que só se pode considerar como instigação no sety tido da lei a determinação de outrem para agia dolosamente (').

(") Igualmente o projecto euisso, art. 18. N. do trad.

(') Afastando-se do principio enunciado no texto (muito conn tado), o art. 121, ai. 2.º, do C. p. fala em facilitar cu

3." — O dolo do instigador é complexo. Compreende : 1.º a "representação da acção própria; 2.º a «representação da acção de outrem; 3.º a representação de que esta é provocada por aquella.

9 • 4." — Segundo a concepção do nosso direito positivo, a instigação não é autoria intellectual, mas participação (accessoria) no facto de outrem. A instigação não encontra, pois, em', si o fundamento de sua criminalidade, mas recebe-a do facto alheio ⁽²⁾. | D'ahi segue-se que não se . pode falar em instigação, quando por parte do instigado não se dá uma facção punível, pelo menos na phase da tentativa.

5.º — A pena do instigador determina-se segundo

Peva? ã o do-detido. Em tal caso não se dá ura acto de cumplicidade, mas nun crime *auti c/erieris* — Excepção que não é duvidosa, encerra, porém, Ho art. 20 da lei sobre contrafacção de 11 de Junho de 1870 (o" que também * se obserya nas- leis de 9, 10. e 11 de Janeiro de 1876): «quem Indeterminar dolosa ou culposamente outrem a corometer uma contra-ffacção, será punido etc., quer ti contrafactor proceda dolosamente, quer F culposamente ou mesmo sem culpa. » — Sobre as questões resolvidas | no texto, ver Hälschner, 1.º, 399, 446, Olsbausen, g 48, 6 e 8, v. Meyer, 276 e 289, Geyer H H., 2.º, 388, Birkmeyer, *Teilnrthme*, 141 ^(b).

W "(b) J. Que a instigação no sentido do art. 47 do'0. p, ali. é somente Ra determinação dolosa de outrem para a pratica de um crime, é geral- [mente admittido e resulta da própria definição legal da instigação. A duvida versa sobre saber si, além do dolo do instigador, é necessário Ho dolo do instigado. A doutrina do autor é uma consequência da sua Bjljeoria sobre a autoria mediata (ver o § 60, IV, e o § 52, 1.º, b e c). [ii. *ão* trad.

⁽²⁾ Esta doutrina é contestada mesmo de *lege lata*. A favor da [verdadeira concepção, antes de todos, o Trib. do Imp. Ver as dec. icitadis ne § 52, nota 8.» Egualmente Geyer, 1.º, 137, 140. Hälschner, 6 1.º, 898, Janka, 154, v. Meyer, 288, Lõning, 95, Birkmeyer, *Teilnahme*, ■nota 273 e outros. *Contra*, entre outros, Kohler, *PatentrecM*, 522, *Stu-§den*, 1.º, 106; também Binding manifesta a sua opinião divergente em uma serie de applicações. 3 n Q

a lei applicavel á acção, para a qual elle scientemente instigou (*).

II- — *Cumplicidade por assistencia é o auxilio dolosamente prestado para o crime que outrem dolosamente commetteu* (C. p., art. 49), ou como esâL art., ai. 1.º, se expressa: I « Será punido como cúmplice por assistencia I quem tiver prestado scientemente auxilio ao autoip-^ por conselhos ou actos, para a perpetração de um crime ou delicto. »

A cumplicidade por assistencia para uma contravenção é, pois, isenta de pena (*).

1.º — O auxilio prestado á acção de outrem pôde ser psychico ou material (conselho ou acto) 1 pôde também consistir na promessa, anterior ao facto, de um favorecimento posterior (C. p. art. 257, ai. 3); em caso algum porém, pôde constituir uma parte do | acto de execução (acima, p. 359) As mais das vezell

(*) Diverso do instigador é o *chefe, o cabeça*, a que em vários logares o legislador se refere (art. 115 e 125 do O. p., art. 146 e 147 da lei de 1.º de Julho de 1869 sobre a união aduaneira, art. 89 e 91 da sobre gente do mar). Por cabeças (os *duces factionum* dos Romanos) devemos entender os que dirigem os movimentos dos companheiros, os* directores espirituales da empreza (do bando, do *contubernium*). Sobre a etymologia, cons. Brunner, 2 º, 570, neta 84 (*Rädlein*, de *Rad-Ring*, circulo, O inglez *ring-leader*.) — Os art. 128 e 129 individualisam os *fundadores* e os *directores* da associação. — A *provocação* distingue-se | da instigação em que não suppõe o resultado respectivo, a determinação J de outrem. O mesmo deve-se dizer do *seduzir*. Mas a seducção, aoj contrario da provocação, suppõe influencia sobre uma pessoa determijl nada. A idéa da *excitação* é mais ampla, comprehende também_a iit^J fluência mediata ou ocella.

I (4) Encontram-se excepções no art. 22 da lei de 24 de Junho 1887 sobre o imposto do álcool e no art. 44 da lei de 81 de Maio dei 1891 sobre o imposto do assucar: « si Be dêr contravenção, a cumplicidade por assistencia e o favorecimento serão punidos com multa não excedente a 150 marcos ».

o auxilio é uma acção que, si fosse praticada pelo autor; não passaria de um acto preparatório (isento de pena). Não soffre duvida que a assistencia do cúmplice pôde também consistir em uma omissão, porque lhe incumbia o dever jurídico de agir.

2.º— Também a cumplicidade por assistencia é somente punivel como auxilio dolosamente prestado a uma acção dolosa.

3.º— O dolo do cúmplice auxiliar comprehende : 1.º a representação da acção própria; 2.º a representação da acção de outrem; 3.º a representação de que esta é auxiliada por aquella. Não é porém necessário que o autor tenha conhecimento do auxilio que lhe é prestado.

4.º — A cumplicidade por assistencia, como participação (accessoria) em facto alheio, suppõe necessariamente que por parte do autor se dá uma acção punivel, pelo menos na phase da tentativa. Findo o acto e si este não constitue um crime continuo (§ 55) ⁽⁵⁾, não se pôde dar cumplicidade.

5.º — A pena do cúmplice determina-se segundo a lei applicável á acção, para cuja perpetração elle prestou scientemente auxilio, mas deve ser moderada de accordo com as regras relativas á punição da tentativa (§ 70, I). Si se trata de cumplicidade concernente a uma acção simplesmente tentada, a escala penal soffre dupla reducção ⁽⁶⁾.

(6) Dec. do Trib. do Imp. de 8 de Novembro de 1893, 23.º, 292. Sobre as condições de punibilidade, ver o g 48.

i^s) Só em alguns casos a lei commina contra o cúmplice a mesma pena applicável ao autor; isto observa-se no art. 143 do C. p. e no art. 3º da lei de 29 de Maio de 1885 sobre o sello. Os arts. 208 e 219 do C. p- contem uma escala penal especial para a cumplicidade, bem como o art. 16 da lei de 10 de Junho de 1869 sobre o sello de letra (com relação a corretores e intermediários que negociam letras indevidamente selladas). O art. 92 da lei de 27 de Dezembro de 1872

§ 52. — Da cumplicidade (continuação)

I.— Somente a instigação dolosa ou a dolosa assistência a uma acção dolosa é cumplicidade no sentido da lei (acima § 51, nota 1.^a).

1.º—Consequentemente não é cumplicidade: *M*

d) A determinação dolosa ou a dolosa assistência] relativa a uma acção culposa. Dá-se então um caso -de autoria mediata (¹).

ò) A determinação culposa ou culposa assistência relativa a uma acção culposa. Aqui prevalece a regra geral: todo aquelle que, por acto próprio, poz uma condição para a produção do resultado que se realizou, deve ser responsabilizado por esse resultado como autor collateral (§ 50, IV).

c) A determinação culposa ou a culposa assistência a uma acção dolosa deve ficar impune. Com effeito, não se pôde admittir cumplicidade no sentido tecnico, porque falta o dolo, que é um dos caracteres exigidos pela lei; não se pôde admittir também a autoria mediata, porque, segundo a sup^a

sobre gente do mar apresenta uma forma especial de cumplicidade: a recusa de obediência ás ordens do superior tendentes a prevenir ou a fazer cessar o constrangimento e a resistência. Releva ponderar também que, quando o legislador equipara quanto á pena a tentativa e o crime consumado, ou mesmo-quando pune o emprehendimento com a pena do crime consumado, applica-se ao autor e aos cúmplices a mesma escala penal, attenta a impossibilidade material de effectuar a prescripta redução da escala. Correctamente Geyer, 2.º, 127, Hälschner, 2.º, 735. *Contra*, Binding, 854, Olshausen, § 80, 7, Merkel, 376, v. Meyer, 796.

(¹) Egualmente o Trib. do Imp., dec. de 20 de Junho de 92, 23.º 175. *Contra*, especialmente Binding e Birkmeyer. Segundo a opinião d'estes escriptores, quem determina maliciosamente um individuo de boa fé responde somente em razão da culpa.

posição da lei, a acção livre e dolosa do agente aparentemente instigado interrompeu o nexo causal.

2.º — O instigador e o cúmplice auxiliar respondem somente pela acção *dolosamente* suscitada ou auxiliada.

a) Si a acção do instigado e o dolo do instigador não se correspondem em algum ponto essencial, não se dá instigação em relação a esse ponto. As regras gerais acima estabelecidas sobre o erro e o dolo têm aqui toda applicação. A expressão — *excessus mandati*, que se costuma empregar para designar esta hypothese, é completamente imprópria. Si o individuo instigado a commetter um roubo, commette uma morte, ou o instigado a uma burla commette um furto, ou *vice-versa*, a acção praticada não pôde ser imputada ao dolo do instigador. Somente quando a acção praticada pelo instigado oífe-rece um excesso em relação áquella* para a qual fora instigado, é possível imputar o monos ao dolo do instigador, como quando, por exemplo, dá-se roubo em lugar de furto, ou o caso agravado em vez do caso simples. Em todos esses casos cumpre attender que o dolo indeterminado comprehende todos os resultados não excluídos (§ 39, I), bem como que ao instigador é também imputado o resultado por elle não previsto nem susceptível de previsão, quando a lei prescinde de toda culpa em relação ao autor (§ 35, nota 1.º) (").

(*) O instigador responde pelo excesso que o instigado lenha praticado? Procurou-se a principio, diz Geyer, resolver esta questão por meio de presumpções derivadas analogicamente do direito civil, isto é, da responsabilidade civil do mandante, como bem o mostra a expressão *excessus mandati*. Hoje, porém, estão todos de accordo em que também n'esta parte não pôde haver uma *presumpção doli* e que tem applicação as regras gerais sobre o dolo e a culpa criminaes. Vestígios da antiga doutrina notam-se no art. 19 do C. p. braz. e no art. 17. do proj. N.do trad.

b) O que fica dito procede também, quando por parte do instigado se dá o denominado *error in § objecto* ou a *aberratio ictus*. Applicam-se simplesmente as regras geraes sobre o erro. Quando, porém, em razão da applicação d'essas regras, o dolo do autor instigado fica excluído, deve-se admittir a autoria' mediata por parte do instigador ⁽³⁾.

c) Si a qualificação legal do crime exige um determinado motivo (por exemplo, o lucro no lenocínio), o cúmplice deve saber que o autor é movido por esse motivo, mas não é necessário que o cúmplice também por elle se determine ⁽⁴⁾.

Os mesmos princípios prevalecem em relação aos cúmplices por assistencia.

II. — A criminalidade da cumplicidade depende da criminalidade da *acção principal*.

1.º—A instigação e a cumplicidade por assistencia são pois impossíveis, quando é excluída a criminalidade da *acção principal* (n'este caso pôde dar-se a autoria mediata), mas não as affectam as circumstancias que excluem a punibilidade do autor (circumstancias pessoaes que excluem a pena, circumstancias que extinguem a pena, falta de um requisito processual).

⁽²⁾ Cons. a litteratura que se refere a um caso pratico (Dochow v. Liszt, *Strafrechtsfälle*, n. 64). Böhlau, *Der Fali Rose—Rosahl*, 1859L Goldammer e Hälschner, GA, 7; Böhlau, GA., 8, Pfötenhauer, | G S., 13; Geyer, H H, 2." 360 ^(b).

Ê~

^(b) A questão do *error in objecto*, com que já se occuparam os prácticos italianos, foi discutida modernamente pelos criminalistas alie-] mães, por occasião de um caso celebre occorrido na Prússia, o caso Rose — Rosahl, a que o autor allude (Rose matou por erro outro indivíduo que não aquelle de cujo assassinato Rosahl o incumbira), N. do trad.

W

^(s) Igualmente o Trib. do Imp., dec. de 25 de Outubro de 1889, 20.º, 12. Ver o princípio inverso no g 60, II, 4.

2.º—*a)* A instigação tentada, quer frustrada, quer incompleta, não é instigação no sentido tecnico, porque falta a acção criminosa do autor, da qual deriva a criminalidade da instigação. Por isso a instigação tentada também não pôde ser punida como autoria mediata.

A' categoria da instigação tentada (falha) pertence a instigação tão discutida na sciencia e na legislação do direito commum, a que é feita ao chamado *alias* ou *omnimodo facturum*, isto é, a quem já se achava, antes d'ella, resolvido á pratica do facto.

b) Também deve ficar impune a cumplicidade tentada, quer frustrada, quer incompleta. A esta categoria pertence o caso de não ter o auxilio prestado exercido influencia sobre o resultado, isto é, o autor não se utilisou do instrumento que lhe foi fornecido nem a prestação de auxilio o fortaleceu na sua resolução (⁴).

3.º — *a)* A instigação para a tentativa não é possível, como não o é a instigação tentada. O dolo do instigador e o do autor devem referir-se á execução. Si tal dolo falta ao autor (este quer, por exemplo, experimentar apenas si a chave falsa abre), não se dá tentativa punivel. Si falta ao instigador (este quer por exemplo, que o autor seja surprehendido na tentativa), não se pôde falar em instigação. Por isso o chamado *agent provocateur* só é punivel,

(*) Mas nada obsta que o legislador sujeite & pena a instigação não seguida de resultado como crime *BUÍ generis* (e não como acto de cumplicidade). É' o que faz o C. p. nos arts. 49 A, 85, 111, 141, 159, 210 e 857; a lei sobre gente do mar, art. 88; o C. p. mil., arts. 99, 100, 110 e 116 (cons. Hecker, 288) e 149. O mesmo pôde-se dizer a respeito da *cumplicidade tentada* — ver os arts. 141 e 847 do C. p-, bem como a respeito da cumplicidade concernente a *uma acção em ti isenta de pena*,—ver os arts. 120, 121, 180, 285, 847, 364 e 355. *y-jt*

quando induz o autor á execução (consumada), para talvez entregal-o depois á punição; mas n'este caso dá-se instigação consumada para um crime consumado^(j) ^(o).¹

b) Também não é admissivel a cumplicidade por assistencia, quando o cúmplice prevê que o resultado não se produzirá ou mesmo que o resultado' não pôde dar-se^(o).

III. — Ba natureza accessoria da cumplicidade infere-se mais o seguinte: - m

1.º—A instigação de instigação e a instigação de cumplicidade apresentam-se como *cumplicidade mediata no facto principal*; aquella deve ser punida¹ segundo a escala penal estabelecida para o facto principal, e esta segundo a escala penal reduzida que é applicavel á cumplicidade por assistencia.)

(^j) Correctamente Birkmeyer, *Teilnahme*, 166, Kohler, *Studien*, . 1.º, 121. *Contra*, entre outros, Borchert. Olshausen, § 48, 14 admitte também a criminalidade da instigação para tentativa. Geyer, H H, 2.º» 349, 4?, 161, v. Meyer, 277, distinguem a consumação formal e a consumação material do crime. Cons. a nota 6.*. i

(^o) O *agent provocateur* (denominação derivada de uma pratica muito usada pela policia franceza) fica impune, porque lhe falta o dolo que caracteriza a instigação; elle instiga a uma acção delictuosa, mas conta impedil-a e não quer que o delicto vá além da phase da tentativa. Si se produzirem porém males que o *agent provocateur* não desejava, mas devia prever, pôde elle ser responsabilizado por culpa, como, por ex., em razão de homicidio culposo, si a pessoa, a quem queria ir . tigar somente para uma tentativa, consumou o crime antes de ser este impedido. Também quando o fim dft instigação é, não uma tentativa» J e rim o crime consumado, é claro que a intenção de surprehender o I delinquente não pôde eximir de responsabilidade o *agent provocateur* ; dão-se então todos os caracteres da instigação criminal. N. do trad. I (•) O cúmplice auxiliar sabe, por exemplo, que o meio empre- | gado para o aborto é inteiramente inadequado. Ver a dec. do Trib. do Imp. de 17 de Fevereiro de 87, 15?, 315, 28 de Março de 87, 16?, 26 e 29 de Maio de 88, 17.º, 877.

Também a cumplicidade de cumplicidade, bem como a cumplicidade de instigação, é cumplicidade mediata no facto principal; por isso na primeira d'estas duas hypotheses a reducção da escala penal que o art. 49 do C. p. exige só pôde ter logar uma vez ⁽⁷⁾ ^(d).| 2.º — *Múltipla* instigação para uma acção não constitue mais do que um crime ; mas pôde dar «se *pluralidade* de instigações, quando o mesmo agente é instigado por varias pessoas. Si a mesma acção, por exemplo, um palavra de excitação, instigou o agente para a pratica de vários delictos, dá-se apesar da pluralidade dos resultados, unidade de acção (adiante, § 54) ⁽⁸⁾. O mesmo procede em relação á cumplicidade por assistencia.

^(T) Egualmente o Trib. do Imp. na dec. de 17 de Novembro de 92, 28.º, 800.

^(d) A cumplicidade, diz Geyer (H H, 2, 387), tanto pôde consistir em um auxilio immediato ao autor ou em uma instigação do autor, como em um concurso para o crime que consista em favorecer a actividade de um instigador ou de um auxiliar. Conforme o cúmplice põe ou não a sua actividade em relação immediata com a do autor, dá-se uma cumplicidade *immediata* ou *mediata*. Pôde-se pois dislingfiir: 1?, uma cumplicidade de cumplicidade; 2?, uma cumplicidade de instigação (proporcionar, por exemplo, o local para uma entrevista entre o instigador e a pessoa a instigar); 3?, uma instigação de cumplicidade, a qual não é mais do que uma cumplicidade no crime do autor. E' indifferente que alguém auxilie um criminoso, fornecendo-lhe um instrumento ou movendo outrem a forneuer-lhe um instrumento, pois em ambos os casos dá-se o mesmo concurso para o crime. * Esta relação mediata pôde ir ainda mais longe tanto na cumplicidade por assistencia como na instigação. Nem a lógica nem a justiça tem que objectar, si se considerar punivel a instigação ou a cumplicidade para uma cumplicidade mediata, uma vez que semelhante actividade constitua dolosa cooperação para a pratica de um crime». N. do trad.

(8) E não concurso real. Correctamente Bunger, Z., 8.*, 712. Kohler, *Studien*, 116, Olshausen, g 78, 19, Franck, Z., 14. *Contra*,

13tf

3. O instigador, bem como o cúmplice xiliar, é isento de pena, quando, quer por meios físicos, quer por meios materiais, impede a prática da acção criminosa (subentende-se que não basta a *retratação*). Este princípio resulta da natureza acessória da cumplicidade e não deve ser considerado como desistência da tentativa incompleta nos termos do art. 46 n. 1 do G. p. Quando porém está finda a tentativa, o instigador, como o cúmplice auxiliar, pode ainda proteger-se com uma circunstância exclusiva de pena, prevenindo voluntariamente o residuo (C. p. art. 46, n. 2).

4º — Quando a lei qualifica actos preparatorios ou actos de tentativa como crimes independentes, pode dar-se cumplicidade com relação a estes actos, que são por si puníveis. A mesma regra tem também applicação, quando a lei qualifica actos de cumplicidade como crimes *sp. generis* (acima, nota 4/).

IV. — Si a mesma pessoa toma parte por diversos modos no mesmo crime, a forma mais grave de participação absorve a menos grave, assim como não são mais tomados em consideração os actos preparatorios e a tentativa, quando o crime se consuma

(§ 56, ii).

«*r

Si o instigador toma parte posteriormente na execução do crime como autor ou auxiliar, o direito penal o trata no primeiro caso exclusivamente como autor, e no segundo como instigador.

Que a relação entre a cumplicidade e o favorecimento não se rege por esta regra, não carece] ser demonstrado depois do que foi dito no § 49, III a.

ainda a 5ª ed. deste livro, igualmente o Trib. do Inip., por ultimo nas dec. de 7 de Julho de 84, 11.º, 37, 16 e 16 de Abril de 86, 44», 92, bem como Merkel, 147, Borchert, 62, John, 2.º, 255, Birk-meyer, *Teilnahme*, 181. Ver o caso inverso no g 50, nota 6?



Assim o instigador de uma acção criminosa, bem coino o cúmplice auxiliar, pôde fazer-se culpado (em concurso real) de favorecimento com relação a coisa obtida pela autor. E' anormal a disposição que encerra o art. 257, ai. 3*, do C. p. : «o favorecimento, diz este art., será punido como cumplicidade, quando for promettido antes da perpetração do crime». Esta disposição tem sido não raro mal interpretada.

Ella não amplia a idéa da cumplicidade nem restringe a do favorecimento, mas contem somente um preceito relativo á punição. A prestação do auxilio anteriormente promettido seria cumplicidade e favorecimento em concurso real e, em certas circunstancias, ideal; o art. 257, ai. 3*, rejeita esta consequência e quer que, na *medição da pena*, não se adraitta o concurso do favorecimento e da cumplicidade, mas somente o favorecimento. Por isso a lei não diz — «o favorecimento é cumplicidade», mas sim — «será punido, como cumplicidade». O favorecimento do furto será pois punido, dados os requisitos do citado art., como cumplicidade no furto, e a sentença condemnatoria poderá ser tomada posteriormente em consideração na reincidência, como previa condenação no crime de furto ⁽⁹⁾.

A applicação dos principios sobre a cumplicidade soffre certas limitações.

1.º — A pessoa, cujos interesses são protegidos por uma comminação penal, não pôde ser punida

(9) Egalement no essencial Gretner, *Begünstigung*, 162, Geyer, II H. 2?, 422, 4.º, 173, Hálschner, 2º, 884, v. Meyer, 308, Olshausen | 257, 46 Schutze, 162, especialmente Nieland, *Zusammentreffen von Begünstigung m. it. Teilnahme*, 1892 ; dec. do Trib. do Imp. de 8 Julho de 86, 14?, 318. A promessa anterior de favorecimento pôde também determinar o autor á pratica do facto; applicam-se então os principios gemes sobre o curso do favorecimento e da instigação. Dec. do Trib.' do Imp. de 10 de Janeiro de 87, 76?, 295, 8 de Nov. de 87, 16.º, 374.

em razão de cumplicidade em uma infracção dessa lei penal. Assim a raptada não é passível de pena como cúmplice no rapto, a discipula não pôde soífrer pena por instigar o mestre ao crime definido no art. 174, ai. 1.º do C. p.; o menor explorado não pôde incorrer nos arts. 301 e 302 nem a victima dai usura no art. 302 a.

2.º — Quando a lei qualifica actos de cumplicidade como crimes *sui generis*, e ao mesmo tempo deixa impune a acção principal, o autor desta não pôde ser punido em razão de instigação ou de assistencia a actos de cumplicidade. Assim, si é punível a cumplicidade no suicídio (em si impune), a victima não pôde ser punida como instigadora da cumplicidade. Quem paga o proxeneta não soífre pena, como não a soífre o preso que determina outrem a auxilial-o na própria fuga (vêr a parte es-pecial).

3.º — Quando na denominada *cumplicidade necessaria* (acima § 49, 4.º) a impunidade de certas pessoas resulta do contexto das disposições legaes, taes pessoas não podem também ser punidas como cúmplices no crime de outrem. Cons. adiante a parte especial sobre o art. 331 e seg. do C. p. e os arts. 211 e 213 da lei sobre fallencia.

§ 53.—Da cumplicidade

Influencia resultante de certas relações pessoas

I. — Da natureza accessoria da cumplicidade seguir-se-hia : 1.º que a penalidade da acção constitutiva da autoria deveria servir também de regra¹ para o instigador e o cúmplice auxiliar, quando a penalidade da autoria se fundasse em qualidades e re-

lações pessoais ou em razão delas fosse agravada ou atenuada; 2.º que as qualidades e relações pessoais dos cúmplices mesmos não deveriam ser tomadas em consideração. Não assim porém quanto aos co-autores e autores collateraes (§ 50, III, IV), cada um dos quaes é passível de pena independentemente, e portanto segundo suas próprias qualidades e relações pessoais (*).

II. — O direito vigente recebeu tirar de um modo absoluto estas consequências que decorrem da natureza accessoria da cumplicidade e assim suavizou as arestas de sua própria concepção. O art. 58 do C. p. dispõe: « quando a lei agrava ou atenua a penalidade de uma acção em razão de certas qualidades ou circumstancias pessoais do agente, essas qualidades e circumstancias devem ser tomadas em consideração em relação ao autor ou cúmplice (co-autor, instigador, cúmplice por assistencia) a quem concernem ». (2) J I

I.º—Consequentemente e em contrario á consequência acima tirada (sob o n. I), as qualidades e relações pessoais, que agravam ou atenuam a penalidade, sempre prejudicam ou sempre aproveitam aos cúmplices, a quem concernem.

Exemplos: si o não parente B determinou A, filho de C, a matar a C, ou determinou a mãe D a matar o filho recém-nascido E, ou si, pelo contrario, o filho A ou a mãe D prestou auxilio ao estranho B para a morte do pae C ou do filho E, em ambas as hypotheses, o estranho B deve ser julgado segundo as disposições sobre o homicídio

(1) A applicação dos exemplos dados sob o n. II não offerece dificuldade.

(2) A menção do co-autor no art. 50 é supérflua, segundo o que dissemos sob o n. I. j Q (,

comraum, o filho A segundo as disposições sobre |
parricídio, e a mãe D segundo as disposições sobre o
infanticídio. O mesmo procede quanto á adolej^
cencia, á reincidencia, ao habito e á profissã etc.
(³) (•).

2.º — Quando se trata, porém, de qualidades o
relações que tornam punível uma acção em si isenl? de
pena, e que portanto não agravam nem atte| nuam a
criminalidade, mas servem-lhe de *fundamentai* essas
qualidades ou relações, ocorrendo no autor, devem ser
tomados também em consideração a respeito dos
cúmplices (instigador e cúmplices por assistencia),
segundo a regra estabelecida acima sob]

(■) Em relação a essas circumstancias o reconhece a dec. do Trib.
do Imp. de 9 de Janeiro de 1893, 23º, 878.

(■) O art. 60 do O. p. ali. refere-ee ás circumstancias pes-j soaes que
aggravam ou attenuam a penalidade, e não ás que excluem a punição ; por um
argumento *a minore ad majus* o tribunal do Imperio applica a estas ultimas a
mesma regra. O C. p. boi., reproduzindo também no seu art. 60 a disposição do
Cod. ali., a completou, mencionando as circumstancias pessoas que excluem a
punibilidade. Isto é perfeitamente justo, uma vez que no numero de taes
circumstancias não se comprehendam as justificativas, pois que estas excluem
a illegalidade da acção. Na clausula «qualidades e relações pessoas»
comprchendem-se também as circumstancias que, comquanto se achem em
ligação com a actividade do autor ou cúmplice concernente ao delicto, são,
todavia, inherentes á pessoa, como motivos, intenções, e especialmente a
premeditação ? A questão tem sido discutida sobretudo com relação á premedi
tação. Uns entendem que as formas da resolução criminosa não são qualidades
pessoas do agente nos termos da lei, e assim a instigação no caso de
assassinato deve ser sempre punida em virtude do art. 211 do Cod. ali., e no
caso de homicídioJ em virtude do art. 212, sem attenção á premeditação ou não
preme-ditação do instigador (Geyer, Merkel, Olshausen). *Contra*, Berner,
Meyer, v. Liszt. No direito boi. v. Hamel resolve a questão pela afirmativa; no
mesmo sentido a escola italiana (Tolomei, *Diritio e proc. penale*). N. do trad.

FÉ. I (mas não *vice-versa*), de sorte que nesta parte a relatividade da cumplicidade é plenamente [reconhecida].

— I Exemplo: a instigação e a cumplicidade, em um crime de responsabilidade propriamente dito, devem ser julgadas segundo as disposições concernentes a esse crime, ao passo que, si o funcionario publico *H* instigador ou cúmplice, e autor um individuo não Lempregado publico, não se dá crime; porquanto, [quem não é funcionario publico só pôde commetter um crime, de responsabilidade, como autor mediato, te não como autor immediato. O mesmo procede ⁽⁴⁾]a respeito da cumplicidade de um civil em crime [militar ^(b)].

III. — As circunstancias exclusivas de pena, a [falta de requisitos processuaes e as circunstancias tpessoaes de exclusão de pena produzem os seus [effeitos somente em relação aos delinquentes, a [quem concernem, sem que se faça mister uma disposição expressa de lei a tal respeito (vêr acima o § 48, nota 4.^a). J

(*) Egualmente a dec. do Trib. do Imp. de 1 de Abril de 87, 16º, 396; *contra*, Seuffert, Cod.p., 1,78. Cens. Olshausen, § 48, 32.

(b) Não estão no caso das circunstancias pessoas que aggravam, attenuam as penas ou excluem a punição as que são requisitos necessarios para a existência do delicto; taes são as circunstancias que caracterizam os denominados *delicia própria* (crimes de responsabilidade, de profissão, militares, etc.) em contraposição aos *delicia communia*. Em taes casos essas circunstancias pessoas são equiparadas aos outros elementos do delicto e tratadas segundo os princípios geraes do direito penal. Assim, o individuo que não é empregado publico pôde ser cúmplice do funcionario publico em crime de responsabilidade (propriamente dito), um civil pôde ser cúmplice do militar em crime militar, e incorrem nas mesmas leis penaes applicaveis ao autor. [Neste sentido o direito allemão resolve esta questão que é muito duvidosa no direito francez e também no nosso. N. do trad. 2 I

III—O CRIME UNO E A PLURALIDADE DE CRIMES

§ 54. — A acção una e a pluralidade de acções ^(a)

LITTERATURA. — V. Bari, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, 1879; Merkel, H. H., 2.º, 579, 4.*, 224; Hiller, G. 8., 32.º, 195; Schütze, W., 3.º, 48; v. Schwartil, G. 8., 34, 375; Hiller, na *Bevista-Grünhut*, 13.", 126 ff Binding, 1.º 349, 500, 547; v. Liszt, 2, 6.º 694; Biinger, Z., 8.º, 520; Max Berner, *Der G-rundsatz «ne bis i/n idem» im Strafprozess*, p. 63; Ortloff, G. A., 32, 395; Ortmann, G. A., 35, 26; Stelling, G. S., 42, 121; Koch, G. A., I 39.º, 245; Habermaas, *Die iäecile Konkurrenz der Délikte*, 1882; Loweustein, *Die Verbrechenkonkurrenz nach dem B. St. GB.*, 1883; Heinemann, *Die Lehre von der IdeaJ^ konkurrenz*, 1893; Waohenfeld, *Theorie der Verbrechenkonkurrenz*, 1893; Brnnner, 2.º, 541.

I. — O crime é *acção*, isto é, uma mudança operada no mundo exterior e referível á vontade^

(º) A unidade simples, que consiste em uma só acção, com um unico resultado (forma a mais simples da responsabilidade criminal?!! os criminalistas allemães contrapõem a *unidade complexa* e o *concurso de delicias*. A unidade complexa (*completierte Deliktseinheit*) dá-se quando ha pluralidade de actos e unidade de resultado, e comprehende o delicto composto (o que resulta da reunião de vários delictos, como o roubo), o delicto colectivo (o que é praticado como profissão ou por habito), os que estão entra si na relação de meio para fim ou servem a um fim commum, o delicto continuo (o acto delictuoso

humana (§ 27). Si a acção é uma só, segue-se que também só se dá um crime ⁽¹⁾. Mas uma plu-

prolonga-se indefinidamente), e o delicto continuado (delietos da mesma natureza entre si ligados). Todos estes casos devem ser tratados como delietos simples, isto é, como si fossem constituídos por uma só acção offensiva. — Dá-se o concurso de delietos, quando os delietos commettidos pelo mesmo individuo e ainda não julgados (ou ainda não punidos) são distinctos. O concurso é real, quando constituído por acções diversas, que foram praticadas em tempos diversos; é ideal, quando a mesma acção constitue diversos crimes. Assim o concurso é real, si alguém pratica em Janeiro um furto, em Fevereiro um roubo ou um furto; é ideal, si alguém com um tiro fere A e mata ou fere B. O concurso pôde ser homogéneo ou heterogéneo, conforme os crimes forem da mesma ou de diversa natureza.—A unidade complexa (e sobretudo o delicto continuado) forma um perfeito contraste com a pluralidade de delietos, que se nota no concurso ideal: aqui uma só acção illegal constitue uma pluralidade de delietos, e alli uma pluralidade de acções constitue um só delicto. Também con-trapõe-se ao concurso ideal o mero concurso de leis. Este se dá, quando o facto delictuoso pôde ser comprehendido em varias leis e trata-se de saber qual delias deve ser applicada (Merkel, *Lehrb.*, ? 97 e seg., H H., 2, 679, 4, 224). O autor altera estas distineções. O seu ponto de partida é este principio — sendo o crime uma acção, não pôde haver pluralidade de crimes onde se dá unidade de acção. Essa unidade pôde ser natural (qual a que resulta da unidade do acto voluntário ou do resultado), ou juridica, creada artificialmente pela lei, como no crime continuado, colectivo, composto. Quanto ao concurso, elle só admite o real, pois o denominado *concurso ideal homo-' geneo* vem a ser uma pluralidade de resultados homogéneos compre-hendidos na mesma lei, que só uma vez pôde ser applicada, e o *concurso ideal heterogéneo* é uma mera concurrencia de varias leis penaes ofiendidas e não concurrencia de crimes. N". do trad.

(1) A doutrina contraria deveria demonstrar, que é errónea a concepção do crime como acção, ou a da idéa da acção acima estabelecida. Quem, como Binding (acima, § 31, nota 1.*), define o crime como *violação da norma*, deve cbegar a este resultado — admittir tantos crimes, quantas são as normas violadas. Si se der mais um passo, chegar-se-ha á consequência plenamente doutrinaria de que,

ralidade de acções pôde ser considerada pelo legislador, como um só crime e punida com uma só pena. A questão de saber quando si dá um crime e quando se dão diversos, depende pois da solução de uma questão preliminar, qual a de saber si se trata de uma acção ou de uma pluralidade de acções.

II. — E' certo que se dá *unidade de acção*, quando por um só acto voluntário é produzido um só resultado, e portanto quando, por exemplo, um individuo é morto por um tiro de fusil ou em razão da continuada privação de alimentos por parte de quem estava obrigado a alimentá-lo.

III. — Mas pôde dar-se também unidade de acção nos seguintes casos:

1.º — Pela *unidade do acto voluntário* apesar da pluralidade dos resultados. Quando uma palavra offende a vários individuos, um tiro fere varias aves de caça, uma omissão culposa occasiona a morte de diversas pessoas, dá-se somente uma acção. A diversidade mesmo dos resultados produzidos nada faz' ao caso. Si a pedra lançada matou um homem, ferio um outro e despedaçou um vidro, podemos dizer que se deu uma acção com vários resultados, mas não que se deram varias acções (cons. o § 56, nota 1.^a) (2).

onde se dão vários crimes, devem também dar-se varias acções. Assim Binding, 1.º, 566, admite no adultério incestuoso uma dupla copula Uma tal philosophia escolástica não precisa ser seriamente impugnada fvôr v. Liszt, Z., 6.º, 694). Também não são claros Hälschner, 1.º, 672, Búnger, Z., 6.º, 665, Wachenfeld, 102. A este ultimo é fatal a fórmula ambígua da idéa do resultado (acima, § 27, nota 1.º).

(*) No mesmo sentido e muito terminantemente o dec. do Trib. do Imp. de 11 de Julho de 90, 2.1.º; 63. — E' muito vulgar este paralogismo: acção é causalidade; vários resultados pedem varias; causalidades e portanto dão-se varias acções. Assim John, 2.º, 256,

Mj 2.º — Pela *unidade* do resultado produzido ou somente representado (na tentativa), apesar da pluralidade dos actos voluntários (³). Si no caso occorrente deve admittir-se ou não unidade do resultado, é questão que se aprecia segundo as regras seguintes:

a) Com relação aos bens jurídicos, que somente podem ser offendidos ou comprometidos na pessoa de quem os tem (como a vida, a honra, a liberdade nas relações sexuaes), é a singularidade ou a pluralidade das pessoas atacadas, que decide da unidade ou pluralidade do resultado. Si A mata B a golpes de machado ou com uma torrente de palavras o injuria, a unidade da acção resulta da unidade do resultado.

b) Muito mais difficil afigura-se a questão em relação aos bens que são separáveis da pessoa que os possui, ou que somente nessa separação são susceptíveis de offensa, ou podem ser postos em perigo. Indubitavelmente dá-se um só damno real, si uma estatua de mármore é destruída a marteladas, ou uma machina, mediante um longo e talvez interrompido trabalho, é desmontada e inutilisada. Também a tirada de varias cousas, que foram singularmente transportadas, a damnificação de vários objectos por meio de golpes reiterados pôde constituir uma só acção, ainda quando as cousas tiradas ou damnificadas pertençam a diversos proprietários. A unidade do resultado provém, neste caso, do facto de se acharem os objectos reunidos no mesmo lugar,

v. Buri, *Einheit*, 107, *Kausalität* (1885), 80, G S., 41.º, 455, e também Franck, Z., 14.», contra, Hälschner, 1.º, 657, nota 1.», Olshausen, § 73, 2, Schutze, Z., 3.º, 64, Hiller, G S., 32.º, 200, Ortmann, G A., 35.º, 33, Hecker, 140, Búnger, Z., 8º, 698. — O vicio está na equiparação da acção e do resultado. 22 7

(*) A omissão apparece sempre como acto voluntário uno.

por exemplo, no mesmo mostrador, na mesma estalagem.

c) Sob este ponto de vista os direitos S autor equiparam-se aos direitos patrimoniaes. E' sem duvida incorrecto pretender que somente numero das pessoas oífendidas seja aqui a circuj stancia decisiva ⁽⁴⁾. Sirvam de exemplo as collecta] neas ou compilações que se formam com excerptjg de vários autores.

d) A lei mesma, servindo-se de expressões que comprehendem muitas acções singulares, não raro indica que se deve considerar como unidade a pluralidade dos actos voluntários em razão da indi^ visibilidade do resultado. Assim os art. 146 e seg. do C. p. não falam em contrafazerem-se algumas moedas, mas em contrafacção da moeda em geral, etc. ⁽⁵⁾; o art. 176 e muitos outros empregam o plural — actos impudicos; expressões, como duello| rixa, vias de facto, sevícias, exercício de uma pro^ fissão, emprehendimento de uma loteria e tantasj outras, comprehendem uma série de actos singulares. Não é pois correcto ou pelo menos induz em erro dizer que em taes casos dá-se uma *unidade legtm* como Jaz v. Buri, pois a unidade não é somente creada pela lei, funda-se também na indivisibilidade do re-J sultado ; dá-se um caso de unidade natural da acção.

é) O crime *continuo* ou *permanente*, isto é, a pratica não interrompida do facto que constitue o crime, como privar alguém de liberdade durante semanas ou mezes, deixar escoar-se o gaz, deixar ai criança morrer de inanição, só comprehende também uma acção em razão da unidade do resultado. O

(*) Diverge a opinião predominante.

(") E' inteiramente erróneo pretender com Binding, 1.º, 657, »< quem segue Olshausen, que o numero das especies de moeda é % oircumstancia decisiva. Vêr também M. Berner, 98.

mesmo procede, posto que por outras razões, a respeito dos crimes que criam um estado ou situação *fZustandsverbrechen*, nos quaes (como a bigamia por exemplo) não se toma em consideração a situação continua e illegal que resulta do acto concluido.

§ 55. — Da pluralidade de acções que constituem um só crime

LITTERATURA. — Sobre o *crime continuado* cons. Kung, *Zur Lehre von dem fortgesetzten Verbrechen*, 1857 ; v. Schwartze, *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*, 1857; v. Worringen, *Ueber den Begriff des fortgesetzten Verbrechens*, 1857 ; John, *Fortgesetzten Verbrechen und Verbrechenkonjunktur*, 1860; Merkel, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*, 1862; o mesmo H H, 2.º, 73, 4.º, 225 ; Kohler, *Patentrecht*, 516; Binding, 1.º, 540; Koch, *hQ A.*, 39, 245; Schutze, *Z.*, 3.º, 48 (concernente a I, 4.º). — Concernente ao n. III, Dochow, *Zur Lehre vom gewerbs- und gewohnheitsmässigen Verbrechen*, 1871; v. Lilienthal, *Beiträge zur Lehre vom Kollektivdelikt*, 1879; "Wahlberg, i vários escriptos, 1.º, 136.

I. — Uma pluralidade de acções naturaes pôde também ser tratada pelo direito penal como um só crime.

Em taes casos a unidade deve ser considerada I e tratada como tal sob todas as relações jurídicas.

- Assim o crime uno segundo o direito é commettido
- em todo lugar e em cada momento em que foi praticada uma das acções respectivas ; si a legislação soífrer alteração, applicar-se-ha a lei mais branda,
- bem como applicar-se-ha sempre o direito pátrio, quando houver divergência entre este e o direito estrangeiro. Si somente uma das acções singulares é aggravada, a aggravação affecta as demais, salvo si justamente pela aggravação de uma das acções cessar a unidade. A cumplicidade em uma delias

é sempre cumplicidade em todo o crime. O mesmo procede a respeito do favorecimento. A prescrição não começa a correr antes de ter sido praticado o último dos actos, e é também deste que se começa a contar o prazo dentro do qual a queixa deve ser dada. A sentença, que sobreremha ainda mesmo somente a respeito de um dos actos, tem força de cousa julgada em relação a toda a unidade, etc. (*)

II.— Os casos mais importantes de tal unidade creada pela lei são:

1.º — O *crime continuado*, isto é, a pratica interrompida e reiterada do facto que constitue o crime. E' uma pluralidade de acções (até então não punidas) que a lei reúne pela sua *homogeneidade* (2).

(1) De accordo com relação á queixa a dec. do Trib. do Imp. de 18 de Março de 87, 150, 870; com relação á prescrição a dec. déj 3 de Março de 84, 10.º, 204 e 25 de Maio de 86, 14?, 145. Vêr o § 77.—Duvidosa a dec. de 5 de Março de 88, 17% 227 relativa á participação de terceiros em actos de cumplicidade.

(*) O *delictum continuatum*, que O direito com m um (Engau, Kock e outros) já punia com uma só pena, encontra-se muitas vezes mencionado, posto que com fórmula diversa, nos cod. territoriaes da Allemanha. Do silencio do O. p. imp. não se pôde tirar argumento contra a aceitação da idéa, porquanto o cod. não trata também expressamente dos outros casos de unidade jurídica de actos. Com firme jurisprudência o Trib. do Imp. acompanha a opinião commum. Em sentido contrario Orloff, G A., 24?, 422, 82º, 428, v. Buri, *£inhHt*, § 115, *KanzalitiU*, 1885, p. 97, Geyer, 1.º, 184, v. Lilientbal, *KoUektii&l delUct*, 61, Max Berner, 96 e outros. Também entre os partidários dá idéa não ha accordo de opiniões sobre a fórmula, e esse desaccordó resulta do mal entendido esforço tendente a reduzir uma pluralidade natural de actos a uma *unidade natural*. Nesta falte incorre também o Trib. do Im. que as mais das vezes exige indivisibilidade *do dolo* (ou também da resolução), homogeneidade quanto á forma do com-mettimento e unidade do bem atacado. Neste sentido as ultimas dec. de 17 de Nov. de 91, 22.º, 285 e 17 de Nov. de 92, 28.º, 800. S«-| gundo Wachenfeld, 94, dá-se indivisibilidade do resultado jurídica-

Exemplos: o adultério de A e C os leva a uma série de relações ilícitas; durante noites sucessivas D abusa de um menor; E emite pouco a pouco o dinheiro falso que obteve; o criado tira diariamente um charuto da caixa que pertence ao amo. Não se poderia porém qualificar de continuado o crime, si o adultero, depois de ter interrompido as suas relações com uma mulher, adulterasse com outra, ou si o criado, encontrando fechada a caixa que a principio estava aberta, a violentasse para tirar charutos.

W 2.º — Uma pluralidade de acções naturaes pode ser também reduzida a unidade jurídica em razão de uma *condição* ordinária de *punibilidade* (§ 43); mas não se pode estabelecer uma regra geral ⁽³⁾. E' certo que, por exemplo, a garantia da reciprocidade (C. p., art. 102 e 103) não pode servir de fundamento á unificação do crime. Deve-se porém admittir a unidade na bancarota, quando se trata da mesma suspensão de pagamento (vêr a parte especial).

3.º — O *crime composto* (*Zusammengesetztes Verbrechen*) constitue também um caso de unidade jurídica da acção. O crime é composto, quando a lei forma de duas acções illegaes dirigidas contra bens jurídicos diversos uma só figura criminal. Assim a

mente relevante, e portanto unidade de acção. Correctamente entre outros Janka, 161, Lönning, 90, JTriedländer, Z., 11.º, 412, bem como os motivos do Cod. ital. A unidade da pena é uma necessidade da administração da justiça, seria porém desejável a possibilidade de uma ampla aggravação, W inadmissível a connexão de actos entre os quaes interveio uma imposição de pena. Dec. do Trib. do Imp. de 17 de Março de 90, 20.º, 316.

(*) Sobre esta questão, só recentemente examinada de um modo mais acurado, vêr Reichart, 6 S, 48, 292, Schmidt, *strafbarer Bankbruch*, 1893, p. 177, nota 4. ^ J (

figura do roubo compõe-se do furto e do constrangimento, a do estupro, da violência e da offensa á honra da mulher.

4.º — Pertencem finalmente a esta categoria os dois seguintes casos muito discutidos.

a) A acção criminosa, que sérvio de meio para a pratica de uma outra (por exemplo, o damno real no furto com arrombamento), forma com esta uma unidade, quando a primeira acção faz parte da qualificação legal da ultima, ou quando o legislador a presuppõe tacitamente como meio correspondente á pratica ordinária.

b) A acção criminosa, que se apresenta como *realização da intenção essencial á idéa de outro crime* (exemplo, a apropriação da cousa havida por furto ou burla), forma com este uma unidade, quando tal realização é tacitamente presupposta pelo legislador como correspondente á pratica ordinária ⁽⁴⁾.

III. — Comprehende-se emfim na idéa da acção juridicamente una o *delicto coUectivo* (*KoUektivde-licktj*). Assim se chama uma serie de acções singulares, que, oriundas da mesma orientação pratica (Wachenfeld), a lei reprime com uma só pena. Pertencem a esta categoria os seguintes casos :

1.º — O crime como *profissão*, ou como *industria* I (o « quasi artem exercere » dos Romanos). Assigna-la-o, de um lado, a resolução do agente tendente á repetição frequente do facto, e, de outro lado, a sua intenção de obter, pela reiteração, uma fonte de receita, embora não tire d'ella proventos de um modo regular ou permanente.

2.º — O crime como *occupação*. Compartilha com o profissional a resolução tendente á frequente re-

(«) De accordo no essencial as dec. do Trib. do **Imp.** da 11 do Dezembro de 84, 11, 365, 26 de **Abril de 87**, 16.% 436, t 12 de Novembro de 88. 18.«, 286.

petição do facto, mas delle se distingue em que não se faz mister tenha o agente a intenção de obter uma fonte de receita.

3.º — O crime *por habito*. Dá-se quando a repetição do facto fortalece a instigação ao crime e diminue a força de resistência. Habito é consequentemente a *tendência provocada pelo commettimento repetido de uma acção determinada á pratica da mesma acção* ⁽⁵⁾.

Em todos esses casos basta, para a punição do agente, que dados os demais requisitos, seja sub-mettida ao conhecimento da justiça *uma* acção punível. Não se dá então, é certo, um delicto colectivo, e a pena superior que é infligida por *um* unico crime sujeito a julgamento somente se justifica pela resolução do agente dirigida á reiteração ou pela tendência que a repetição provoca ⁽⁶⁾.

(º) Applicação destas idéas na legislação imperial: 1.º — *crime»* *§prqfissionaes*, C. p., art. 260, 284, 294, 302 *d e e*, 360, n. 6, lei de 9 de Julho de 1873 sobre moeda, art. 13, lei de 14 de Março de 1875 sobre bancos, art. 57. ai. 2, lei de 25 de Maio de 1873 sobre patentes de invenção, art. 4, lei de 26 de Junho de 1887 (objectos que cont m .chumbo ou zinco) art. 4, lei de 5 de Julho de 1887 (tintas prejudiciaes   saude), art. 12. 2.º — *crime como occupação*, C. p., art. 144. 3.º — *crimes habiituaes*, G. p., art. 150, 180, 260, 302 *d e e*, lei de 9 de Julho de 1878 sobre moeda, art. 13. Cons. também a lei florestal da Baviera de 26 de Março de 1852. — A idéa e o modo de tratar o delicto colectivo tem sido frequente e vivamente impugnados, especialmente por Dochow, 96 v., Lilienthal, 112 e Janka, 162. A impugnação se justifica, quando a punição das diversas acções de facto presentes   mais branda do que a do concurso de vários crimes.

(6) A resolução ou a tendência   inferida de acções passadas, pouco importando que ellas possam ser ou não punidas; também podem ser invocadas as acções prescriptas, perdoadas, commettidas no estrangeiro, já punidas, e até mesmo não illegaes. O Trib. do Imp. vacilla. Correcta a doe. de 23 de Janeiro, de 82, 5.º, 897; incorrecta a de 24 de Janeiro de 82, 5.º, 870. — No sentido do texto a opinião commum

Dá-se sempre, pelo contrario, um delicto colectivo, quando realmente *varias acções* são sujeitas a julgamento e, apesar da pluralidade delias, deve-se apenas admittir a existência de um só crime (profissional, habitual, etc.).

E' no direito processual que a natureza especial) do delicto colectivo manifesta-se do modo mais evidente. São objecto do processo e da sentença todas as acções que fazem parte da unidade, embora ignoradas; a sentença sobre o delicto colectivo com força de coisa julgada impede que tenha logar qualquer procedimento ulterior com relação a alguma de taes acções que depois venha a ser conhecida.

§ 56. — **Como o direito trata o crime sob o ponto de vista de sua unidade.**

LITTERATURA. — As monographias citadas no § 64.

I. — O tratamento jurídico do crime considerado como unidade é sempre o mesmo, quer ao crime corresponda uma única acção, quer uma pluralidade de acções. Ao crime *uno* só se applica uma pena." Isto procede também absolutamente, quando se dá uma pluralidade de resultados homogêneos, isto é, que incidem sob a mesma lei penal. A lei penal muitas vezes violada é applicavel somente uma vez, e só se toma em consideração a pluralidade dos resultados, quando, nos limites da escala penal, é ponderada a pena applicavel ao resultado (*). Surgem

contra Binding, 1.º, 249, 550, nota 12. Contra tomarem-se em consideração acções prescriptas, Binding, 1.º, 826, nota 7, v. Risch., Z., 9.º, 268, nota 58.

(*) A opinião dominante admitte «um concurso ideal de crimes homogêneos» e quer applicar por analogia o art. 73 do C. p. §»t»

porém -iiffieuldaies, quando o crime, á primeira vista *uno* incide soi varias leis penaes, ou, como diz ô_i art. 75 do C p., quando «uma só e mesma acção viola dive?^{as ^s} P^{en}aes». Das explanações até aqui feita/⁶ apoiadas no texto claro e inequívoco da lei rr^{jU}l*^a o_iue em tal caso trata-se, não de um concurs' ^e ^{var}ios crimes, mas do concurso de diversa? ^{ie^s} P^{ena}6S. Dá-se, não concurrencia de crimes, mas joncurrencia de leis, e o problema é este : como ^{ieso}rer essa concurrencia ? qual das leis penaes viola _Aas deve ser applicada ? Na solução d'esta questão, jue, na verdade, pertence, não á theoria concernente

§L-----

intelligencia é completamente errônea, e está também em contradicçSo . com a lei, que ignora tal concurso. Correctamente Wachenfeld, 67, v. Ji.i\$fi8, 267 (que se refere ao art. 415 do C. do proc. p.). Recentemente Bunger, Z., 8?, 689 (»).

(^a) O art. 78 do O. p. ali. trata do denominado concurso ideíal de crimeij mas ao passo que fala expressamente do caso do concurso ideal *hete/offeneo*, nada diz sobre o concurso ideal *homogéneo*, isto é, da re petida offinsa da mesma lei penal por « uma só e mesma acção ». Como este ultino caso deve ser tratado ou nos termos do art. 78 ou nos termos do seguiite art. 74 que regula o concurso real, teni-se entendido que, attenta a existência de uma só acção no concurso ideal homogéneo, deve ajplicar-i ,lhe por analogia a disposição do art. 78. Neste sentido o Trib do I: ap., Berner, Binding, Geyer, flälschbner, Olshausen, Merkel. uma lacuna, diz Merkel, que somente por via de analogia pôde se preencheda. E' do concurso ideal heterogéneo que mais se approximaio homogéneo; e pois devemos applicar a este os prin cípios estabtiécidos com relação áquelle». O autor distingue entre o concurso de leis e o de crimes. Ora, no caso de que se trata, não ha um nem o%ro; não ha concurso de leis, porque a lei violada é uma só, [não ha cocurso de crimes, porque ha «uma só e mesma acção» com diversos rountados homogéneos. A questão resolve-se pois segundo os princípios geraea: uma acção só constituo um crime e para um só crime una só pena, de sorte que a pluralidade dos resultados homo géneos 85 pôde ser tomada em consideração na graduação da penft dentro .los limites legaes. N. do trad, "j j "J

v
J

ao crime, mas a teoria concerne à aplicação da lei, cumpre distinguir dois casos.

II. — Primeiro caso. *Quando um a§ diversas leis penaes violadas comprehende a acfa debaixo de todos os seus aspectos*, de sorte que as ci^{^^}ngjy constitutivas do facto e a figura crimina. ^{ge} correspondem plenamente, *essa lei é a única qu. fi^{eve} ser applicada.*

Assim a *disposição especial prefere a* ^{&n>}_ai O crime de lesa-majestade incide sempre sob o a[^]_a 95 do Cod. p., e não sob o art. 185; a falsificação <j_e documento concernente á identidade da pessoa, %f,|fectuada para o fim de facilitar a locomoção, é sempr» punida segundo o art. 363 do C. p. e nunca como] falsificação de documento no sentido do art. 267. O autor não é passível de pena como cúmplice, o insd tigator não o é como auxiliar (§ 52, IV); c mme consumado exclue a pena da tentativa e dói actos preparatorios. — As comminações penaes que, se- j gundo disposiçijp de lei expressa ou tacita, iò pre- valem subsidiariamente em relação a outias, são por estas excluídas. Oferecem exemplos os ait. 49 a e 207 do C. p. (2).

III. — Segundo caso. As lacunas inevitáveis da legislação dão lugar a que esta regra não possa

(*) Já Merkel separara esses casos do concurso Heal e os designara como concurso de leis. A expressão induz em erro Com effeito, não se trata do *concurso de varias leis*, visto como é indubitável que só uma delias pôde reclamar applicação. Binding amiliou a idéa, creando o grupo das leis penaes «subsidiarias» e «alter >,tivas». Vêr tombem Búnger, Z., 8?, 686, e Wachenfeld (»). *

(b) Nesta primeira hypothese dá-se concurrencia de ¹ei não porque~| o facto delictuoso incorra em diversas leis, mas porque o uiz tem de decidir qual dentre diversas leis é a que exclusivamente he deve ser applicada. Neste sentido dá-se concurrencia de leis: 1.º qiftndo tem logar appliear-se o principio *species generi derogat*; 2.º quandi uma lei



ser em muitos casos observada, por não haver artigo em que a acção considerada sob todas as suas faces se compreenda. Em taes casos só resta um alvitre, aliás um tanto violento e pouco satisfactorio — *ap~ plicar a lei penal que, pela amplitude de sua escala j penal, permitia a plena apreciação da acção pelo menos de um modo approximativo* ⁽³⁾. Assim o estupro da

é subsidiaria de outra, isto é quando de duas leis, que não se acham na relação de *lex generalia* e *lex specialis*, uma só é applicavei, não o sendo a outra (exemplos, os art. 49 a, 207 e 358 a do C. p. ali.). As comminações referentes á tentativa e actos preparatorios, á instigação e á cumplicidade são subsidiarias respectivamente ás comminações referentes ao crime consumado e ao facto principal. E' o que Binding denomina a «subsidiariedade das formas criminaes». O mesmo criminalista denomina *leis alternativas* as que no todo ou em parte qualificam o mesmo facto sob diversos pontos de vista, de sorte que o juiz pôde applicar ora uma, ora outra. Os casos porém comprehendidos pelas leis alternativas entram na segunda hypothese ligurada pelo autor. N. do trad.

⁽⁸⁾ A opinião dominante, especialmeete desde Feuerbach, designa este caso como « concurso ideal de crimes heterogêneos » — uma só acção ~e vários crimes. Mas esta concepção não somente está em manifesta B contradicção com a letra e o espirito do art. 73, senão também esquece I que o «concurso ideal de crimes» é tão estranho ao direito commum, I quanto, abstracção feita de algumas excepções isoladas, ás legislações I estrangeiras. — Com o texto estão no essencial de accordo Heller, Q-. [6., 32, 135 e na Revista-Grunhut, 13.º, 126, Schutze, Z. 3.º, 71, Ortloff, ■ G. A., 82.º, 400, "Wachenfeld, 57, v. Kries, 207, Schmidt, *Bankbruch*,

| 1893, p. 176, e especialmente Heinemann (com uma exposição que esgota a questão). De accordo também Binding, 1.º, 349, mas em plena J contradicção comsigo mesmo, 1.º, 570 (não podemos comprehender, porque razão a pederastia do mestre com a discípula deva ser tratada I diversamente do adultério incestuoso). E igualmente também Búnger,

^í posto que por outras razões (a pena dirige-se contra a vontade, isto é, I contra a energia psychica que se desenvolve parallelamente á acção; | mas essa energia é uma só, apesar da múltiplice relação para differentes C resultados). — Valiosa prova da exactidão da nossa concepção está em

própria filha, que tanto incide sob o art. 173, como sob o art. 177 do C. p., deve ser punido segundo o ultimo.

M O art. 73 do C. p. não encerra mais do que esta regra complementar. « Quando uma só e mesma acção, diz o citado artigo, violar muitas leis penaes, será applicada a lei que comminar a pena mais rigorosa, e, si as penas forem de differente natureza, a que comminar o género de pena mais grave » ⁽⁴⁾. *I* Em tal caso faz-se mister que o juiz declare na sentença — e em caso dado mediante interrogação do jury — que o facto incide sob uma e outra lei penal e quaes as razões que o determinaram na escolha de uma delias. Mas, uma vez feita essa escolha, não pôde ser mais tomada em consideração a lei mais branda. Assim, si a lei mais rigorosa tiver um minimo inferior ao da mais branda, a pena pôde ser graduada de modo a descer abaixo do minimo desta ⁽⁵⁾. A pena accessoria, que por ventura a lei j mais branda commine, não pôde ser imposta, si a lei

que o legislador pôde, por um traço de penna, com admittir uma disposição especial, fazer desaparecer o concurso apparente de crimes. Considere-se o art. 178 do O. p., que torna impossivel a admissão de crimes de homicídio e de estupro; o que seria inconcebível, si o « coar curso ideal » não fosse na verdade um concurso de leis. — Oumpl^o observar que, segundo o art. 135 da lei sobre a união aduaneira] outras leis sobre impostos, podem caber varias penas, apesar da unidade da acção; cons. a dec. do Trib. do Imp. de 11 de Março de 92, 28.*,!

(*) Mais conveniente seria, *ad instar* do projecto austríaco, form das diversas comminações penaes em questão uma nova escala penal que de cada uma delias tomasse a disposição mais rigorosa (de uma minimo, de outra o máximo). As razões aduzidas por Heinemann, peli contrario, não são convincentes.

⁽⁶⁾ De accordo as dec. do Trib. do Imp. de 8 de Fevereiro de 88] 80, 84 e 10 de Novembro do 87, 16.º, 802, Geyer, 1.º, 189, Merkejl: HH, 4.º, 223. Em sentido contrario a dec. de 3 de Março de 81, 8_í§[390, v. Meyer, 496, Olshausen, § 73, 25, Hecker, 143,

mais rigorosa nao a comminar também. As medidas policiaes porém (como o confisco) são admissiveis. A sentença passada em julgado inibe todo procedimento ulterior em razão do crime menos grave; consequentemente nao se pôde também basear depois o reconhecimento da reincidencia no facto de ter sido esse crime declarado na alludida sentença ⁽⁶⁾. Cumpre notar que os diversos géneros de pena se classificam, segundo a sua gravidade, na ordem seguinte: morte, reclusão, encarceramento, prisão em fortaleza, detenção e multa; que a circumstancia decisiva é sempre a pena mais grave que possa ser imposta, e portanto, sendo as penas da mesma natureza, a que tiver maior máximo (apezar de ad-mittir a lei circumstancias attenuantes), e, sendo feguaes os máximos, a que tiver o mínimo mais elevado, e que somente em terceiro lugar podem ser tomadas em consideração as penas accessorias, mas não os diversos géneros de satisfação privada ou os requisitos processuaes (J).

(*) De accordo v. Buri, *Einheit*, 110, o mesmo, G- S., 35, 622, pterkel, H H, 4.º, 229, Geyer, l.«, 189, Hãlschner, 1.º, 683, Haber-maas, 27, Schútze, Z, 3.º 72. Em sentido contrario, Binding, *Onmdrisa*, v. Meyer, 497, Olshausen, | 78, 24, Wachenfeld, 79, 81 e especialmente a dec. do Trib. do Imp. de 15 de Out. de 88, 18, 188 (em contradicção com as suas próprias considerações sobre o «absoluto exclusivismo » da lei penal mais rigorosa).

(*) De accordo a dec. do Trib. do Imp. de 10 de Nov. de 87, 16.º, | 802 (a multa é pena sempre mais branda do que a de prisão), a de 7 de Março de 98, 24.º, 58 (a comminação facultativa de uma pena grave de encarceramento e de multa é mais branda do que a comminação [exclusiva de uma pena pequena de encarceramento). A dec. de 12 de Dez. de 87, 17.º, 198, entende que não se deve tomar em consideração a vigilância policial, porque a sua effectividade não depende da vontade do tribunal; om sentido contrario e com razão H. Souífert, "*W*" V> 2.º, 256. 3*5"

LnTEEATURA. — Olshausen, *Einfluas der Torbedr*-funfen*, 1876; Bosenblatt, *Strafenkonlcurrenz*, 1879: Halseh-ner, 1?, 663.

Vários crimes commettidos pelo mesmo agente não se acham necessariamente entre si em uma relação jurídica. Na ausência de disposição especial de lei, devemos, pelo contrario, tratar tão independentemente os diversos crimes praticados pelo mesmo individuo, como si fossem crimes commettidos por diversos individuos. Uma relação, relevante segundo o direito penal, entre acções diversas do mesmo agente só se estabelece, porque é uma necessidade da politica criminal a aggravaçfto ou a attenuação das penas incorridas. Essa relação pôde ser:

I. — A *reincidencia*, isto é, o commettimento de um crime idêntico ou homogêneo, depois do cumprimento to. _ ou parcial, ou , da remissão da pena applicada em razão do crime anterior, uma vez qu^T não tenha decorrido desde o cumprimento ou a remissão da primeira pena até a perpetração do novo crime um certo lapso de tempo (a denominada *prescripção da reincidencia*), que faça crer extincta| a relação de direito penal entre as duas acções.)

Só em alguns casos o direito imperial fez appli^ cação da reincidencia como causa de aggravaçãoá (§ 69).

II. — O *concurso real* de vários crimes inde- pendentes (C. p., art. 74) (*). Si os crimes são]

(*) Si se dá uma acção ou si são diversas as acções 6 questão que deve ser decidida segundo os princípios estabelecidos no § 54. —1 Si a divulgação de um impresso procede de vários centros, dá-se concurso real de outras tantas acções (puníveis). Neste sentido S]

[homogêneos, diz-se que se dá *reiteração*, e si são heterogêneos, diz-se que se dá *accumulo*. A rigorosa observância do principio, aliás incontestavelmente [Verdadeiro, de que, sendo perpetrados vários crimes pelo mesmo individuo, cada um delles deve ser |punido com a pena respectiva, e a somma.de taes I crimes com a somma de taes penas, conduziria a |lima insupportavel severidade em razão da preferencia que, segundo a concepção dominante na legislação moderna, é dada ás penas restrictivas da Uberdade.

Si a lei manda moderar essa severidade, |ella deve também determinar os requisitos necesarios para que se dê o desvio do principio, e isto [nos leva a formar a idéa do *concurso* (²). Os pre-suppostos desta idéa são, de um lado, a *possibilidade Uuridica* (embora de facto não se verifique) *do julga-intento simultâneo*, e, do outro, a *possibilidade real de şter tomada posteriormente em consideração aquella pos-şsibilidade juridica*, ou, em termos mais precisos, o concurso (real) de varias infracções é a perpetração de varias acções delictuosas pelo mesmo agente nos seguintes casos :

1.º, Quando as diversas acções foram com mentidas antes que sobre algumas delias se tenha proferido sentença. (Não é necessário que a sentença [tenha passado em julgado).

Exemplos: os crimes a, b e c foram praticados [no 1.º de Janeiro, no 1.º de Fevereiro e no 1.º de [Março; o concurso dá-se, si a sentença sobre a, b

15.º congresso dos juristas allemães, 1.º, 71, 2.º, 860; de uccordo o relatório de v. Liszt; dec. do Trib. do Imp. de 23 de Dezembro de 81, 6.º, 314, Stenglein, O S., 35.º, 24, Meyer, 600, nota 14, Olshausen, § 73, 19. Em sentido contrario Schutze, Z., 8.º, 70, Binding, 1.º, 386, nota 45.

(») Por isso Geyer, 1.º, 184, Hâlschner, 1.º, 664, Rosenblatt, 8.º, 6 outros falam em concurso de penas em vez de concurso de crimes.

<*7é

e o 6 proferida a 15 de Março; dá-se também, a 15 de Março foi julgado o crime a, e só posteriormente se descobriram os crimes b e c. O crime d, porém, cometido a 16 de Março, não concorrerá mais com a, b e c (C. p., art. 74).

2.º, Quando as penas incorridas são dadas simultaneamente à execução. Isto, sobretudo, acontece, quando todas as acções criminosas fazem objecto do mesmo processo e sentença. Si o julgamento não é simultâneo, o concurso se dá somente quando a sentença posterior sobre o crime posteriormente descoberto sobrevém, em quanto é ainda possível alterar a primeira sentença, e portanto enquanto a pena imposta pela primeira sentença ainda não se acha de todo cumprida, ou não foi perdoada ou não¹ prescreveu (C. p., art. 79).

Exemplo: si o delinquente foi condenado a 15 de Março, em razão do crime a, a três meses de prisão, dá-se o concurso dos crimes b e c com a caso b e c sejam julgados antes de 15 de Junho; não se dá porém, si no dia em que sobreveio a sentença sobre b e c, a pena aplicada em razão de a já se achava cumprida, prescrita ou perdoada. A sentença posterior, tendo em conta a pena colectiva primeiramente imposta, applicará uma *pena suppletiva* (³).

(*) Quando alguém é condenado por muitas sentenças passadas em julgado a diversas penas, sem ter sido observado o disposto no art. 79 do C. p., uma decisão judicial ulterior deve substituir as penas pronunciadas por uma pena colectiva. C. do pr., arts. 495 e 494.

Livro Segundo

DAS PENAS

I

§ 58. — O conceito da pena

LITTERATURA.—Ao n. I, 1, v. Meyer, 2 ; MerkeJ, monographias, 1.º, 57; Heinze, H H., 1.º, 337; Binding, *Normen*, 1.º, 270 ; Fuchs, G A., 422.—Ao n. I, 2, Mssen, *Die Einziéhung*, 1888 ; Köbner, *Die Massregel der Einziéhung nach ciem JR. St. G. B. und der Nachâruclcsgesetzgêbung*. 'diss., 1892; H. Seuffert, W V., 1.º, 313; Kronecker, G A., 28.º, 16 ; Ziebarth, 339 ; Borchert, *Yerantwortlichkeit fur Handlingen âritfer*, 1888, p. 1.*] Binding, 1* 488; Meisel, *Mnanzarchiv*, 5.º, 1, especialmente á p. 45 ; Engels, Z., 12.º, 127 ; Heiman, *Die recMliche Natur der subsidia-rischen Vertretungsverbindlichkeit dritter Personen nach den Zoll- und Steuergesetzen des deutschen Beichs*, 1892; Lever-kiihn, G A., 38.º, 290; Oetker, *JcrimineUe und zivile Haftung dritter nach hessischeti RechUquellen*, donativo de festa a Ihering.—Ao n. I, 3, Meisel, loc. cit. ; Auschutz, *Verwaltungsarchiv*, 1893, p. 389. — Ao n. II, Hinschius, *Kirchenrecht*, 4.º, 753, nota 9 ; v. Liszt, H R., *Ordnungstrafe*. Os tratados de direito publico : Laband, 1.º, 471, Schultze, 1.º, 132, Zorn, 1.º, 243, Hânel, 1.º, 456. Oppenheim, *Die Mechtsbeugungsverbrechen*, 1886; Glaser, 1.", 280; John, 1-º, 78; v. Kries, 68; H. Seuffert, W V., 1.º, 47 ; Labes,

Die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten, 1889; Preger, *Archiv für öffentl. Recht*, 7.º, 365.— Ao n. III, G* Meyer, W V., 2.º, 203; Friedländer, G 8., 46.º, 417.

I. — Pena ⁽¹⁾ é o *mal*, que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinquente em razão do delicto.

1.º A pena é um mal que o delinquente sofre, é *lesão de bens*, ofensa de interesses juridicamente protegidos pela mesma ordem jurídica que os protege. E por ahi a pena distingue-se essencialmente da indemnisação, embora uma e outra possam ser compreendidas na idéa superior e commum dos efeitos jurídicos do injusto ⁽²⁾; porquanto a indemnisação é reparação da lesão, deve curar a ferida, ao passo que a pena abre uma nova ferida] e deste modo garante a manutenção da ordem jurídica.

Não se comprehendem pois na idéa de pena,] porque servem ao fim da satisfação (pelos danos causados não só ao patrimonio, senão também a outros bens):

a) a composição ou multa privada (adiante, § 67);

b) a expedição da sentença condemnatoria ao offendido, bem como a autorisação que lhe é dada

⁽¹⁾ O vocábulo *Strafe* (pena) só se encontra desde o começo do século XIV. A etymologia é muito duvidosa. Vêr Lönning, Z. 6.º, 546, nota 18, Giinther, *Wiedervergeltung*, 1.º, 6. Outras expressões da idade média allemã são: *büssen*, *bessem*, *wanâeln*, *kehren*.

⁽²⁾ Igualmente v. Meyer, 4.º, Binding, *Normen*, 1.º, 270; *contra*, Merkel, *Monographias*, 1.º, 67; Heinze, H. H., 1.º, 387 Mas não se deve esquecer que a pena também dá satisfação ao offendido e, que esta é sentida pelo agente como um mal, e portanto que. o direito civil e o direito penal não podem, nesta questão, ser complej: tamente separados um do outro.

para publicar a sentença á custa do condemnado (*); porquanto também nesta parte Mo se trata de lesar interesses juridicamente protegidos do oíTensor, mas de restabelecer, pela declaração judiciaria, a honra lesada do ofendido. Eis porque não tem influencia o perdão do condemnado.

2.º — A pena é offensa de um bem jurídico, pertencente ao delinquente e tem por fim lesal-o nesse seu interesse. Si a offensa não recae sobre o delinquente ou si somente o attinge indirectamente, não se dá pena.

E Assim, não são penas :

a) as *medidas policiaes*, as quaes não tem por fim offender interesses do delinquente. Taes são a dissolução de um ajuntamento, a prohibição de uma associação ou de uma *caixa*, bem como a confiscação,

(^s) O. p., art. 165 e 200; lei sobre marcas de fabrica, art. 17 ; lei sobre patentes de invenção, art. 35; lei sobre modelos úteis, art. 10. A publicação da sentença é, pelo contrario, pena accessoria no art. 10 da lei sobre viveres e no art. 10 da lei sobre vinhos. Sm divergência com o texto, o Trib. do Imp. tem declarado em um serie de decisões, especialmente na de 17 de Abril de 82 (camaras criminaes reunidas), que a medida em questão é sempre uma pena. Muito significativa quanto á falta de clareza da doutrina é a redacção da dec. de 17 de Maio de 87, 16.º, 78: « uma pena exclusivamente para a satisfação do ofendido». Igualinente Dochow, H H., 3.º, 260, Bischoff, G A.,| 29.º, 141, nota 3.*, Hess, *Falaeh Anaehuldigung*, 65, Berner, 231, Oerer, 2.º, 89, Hãlschner 2.º, 218, Schutse, 364, Merkel, 178, e| H H., 4.º, 230. Do acedrdo com o texto Fuchs, 484, Pranche, G A., 20.º, 19, Köhne Z., 8.º, 448, Bunger, Z., 8.º, 718, nota 128, líeffel. G S., 42.º, 68, Lõning, 55, v. Meyer, 6.º, 447, nota 1.«, Olshausen, I 165, 1, Ziebartb, 858, Elsas, *Begnadigungsrecht*, 54, nota, Bei nh art, | *Geldêtrafe*, 8, Binding, *Die Ehre*, 86. — Uma ligação, inteiramente isolada, da indemnisação e da pena se nota no art. 56 da lei sobre contrafacção, segundo a qual a indemnisação do ofendido consiste na importancia total da receita de cada representação publica e não auto-risuda de obra dramática, etc, *tem deducção das respectivas despesas*.

destruição, inutilização de objectos criminosamente produzidos, empregados ou destinados á pratica de um crime, de impressos incursos em sancção penal, etc. ⁽⁴⁾.

b) A *garantia de terceiros* pelas multas em quj incorre o delinquente. Esta garantia encontra-se] prescripta em muitas leis imperiaes e em leis accesj sorias dos Estados ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ C. p., art. 40, 41, 42, 152, 295, 296 a, 335, 867, 369; nas leis accessorias encontram-se numerosas disposições. E' muito discutida a natureza jurídica dessas medidas e, em razão da falta de clareza das idéas fundamentaes que dominam a lei e da admissão de pontos de vista do direito penal e do direito civil, extremamente duvidosa. No sentido da doutrina do texto, cone. as explanações de Nissen e de Köhner. *Contra*, a opinião dominante, que considera taes medidas como pena, quando os objectos pertencem a um dos delinquentes.

⁽⁶⁾ E' muito discutida a natureza desta instituição peculiar, que já se encontra desde o século XVII. Ao nosso vêr, trata-se aqui da instituição de uma garantia civil por divida alheia, instituição baseada em razões de ordem financeira. Neste sentido v. Meyer, 7, Meisel, 44, Kronecker, 16, Binding, *Normen*, 2.º, 614, nota 930, Lõning, *Haftung§ des Medacteurs*, 132, nota 1.^{ta}, v. Kries, 228; *contra*, Binding, 1.º, 489, Ditzen, Z., 10.º, 129, nota 26, Engels e Leverkúhn (a favor da concepção da garantia como pena). — Esta concepção fundamental é decisiva com relação a uma série de questões especiaes. Assim, em relação á prescripção, ao perdão, etc, são applicaveis os princípios do direito civil. Si o garante mesmo conjunctamente com uma das pessoas, por quem tem de garantir, fôr cúmplice no crime commettido, pode ser obrigado a pagar duas vezes, sendo um dos pagamentos como pena e o outro como garantia civil pelo seu co-réo. E' tambem¹ possível que a mesma pessoa tenha de garantir diversos indivíduos envolvidos no mesmo crime ou que, apesar do preenchimento da garantia, ainda possa ser accusada em razão de cumplicidade no crime ou vice-versa. A mesma concepção é a única que explica também¹ por que razão a lei sujeita expressamente á garantia os corpos colle-çtivos, como as sociedades anonvmas, as companhias de estrada de

3.º — A pena resulta da offensa *commettida*, e, com quanto estenda-se, pelo seu destino, ao futuro, liga-se, como effeito do injusto, a um facto passado. Por ahi é que ella distingue-se da *medida penal coercitiva* (*Strafzwang*) que, como execução forçada, tem por fim obrigar alguém a praticar ou deixar de praticar uma acção determinada, mediante offensa de bens jurídicos. A distincção tem importancia no direito processual: a coacção para o desempenho do dever de dar testemunho em juizo se encontra ahi, ao lado da pena pelo não preenchimento desse dever ^(a).

A legislação imperial utiliza-se também frequentemente por outro modo das medidas desta natureza. Com effeito, numerosas leis prescrevem que o reluctante seja coagido pelos denominados *medidas de ordem* (*Ordnungsstrafen*) ⁽¹⁾.

ferro, etc, cuja responsabilidade criminal não é em these admittida pelo nosso direito positivo, bem como igualmente os adolescentes e os loucos. Cons. o proj. do God. civ. e a respectiva justificação, 1.º, 203, v. Liszt, *Qrensgebicte*. — Dá-se, pelo contrario, pena, quando a garantia depende de uma falta do garante (especialmente negligencia na escolha, na inspecção, etc.) Assim é segundo o art. 161 da lei sobre a industria, o art. 82 a da lei sobre o seguro contra accidentes, e as leis de 24 de Junho e 31 de Maio de 1891 (arte. 28 e 3 da lei sobre o álcool, os arts. 64 e 65 da lei sobre o imposto do assucar). Cons. também o art. 38 da lei sobre o imposto concernente ás cervejarias, de 31 de Maio de 1872. Sobre outros princípios assenta a *solidariedade* pelas multas incorridas, segundo o art. 84 da lei de 1885, sobre o sello, de que não trataremos aqui.

(•) C. do pr. p, arts. 69, 60, 95; C. do pr. civ., arts. 355 e 846; lei postal de 28 de Outubro de 1871, art. 38.

(^T) Aos muitos casos, que se encontram no Cod. Com., ac-crescem os arts. 774 e 782 do Cod. do pr. civil, o art. 178 do Cod. de org. jud., o art. 66 da lei sobre sociedades de 4 de Junho de 1868, o art. 88 da lei de 7 de Abril de 1876 sobre as caixas auxiliares in-scriptas, as *multas executivas* de que trata o art. 40 de 16 de Julho 23}



4.º — A pena deve ser imposta pelos órgãos da administração da justiça criminal. Não pertencem pois á categoria das penas os efeitos que se seguem *ipso jure* da sentença condemnatoria. Isto procede também a respeito da inhabilidade perpetua para servir no exercito allemão ou na marinha imperial, bem como para exercer cargos públicos, que, segundo o art. 31 do G. p., resulta *ipso jure* da condemnação á pena de reclusão. No mesmo caso estão muitas outras disposições que se encontram nas leis accessorias -(⁸).

II. — Por sua natureza intrínseca, a pena criminal distingue-se :

1.º, da *pena disciplinar*, que é imposta pelo

de 1879 sobre o imposto do fumo. Outros exemplos encontram-se nas leis sobre seguros e nas leis sobre impostos (•).

(») *Ordnungsstrafen*. Com esta denominação designam-se medidas de character diverso, das quaes por isso mesmo não se pode dar uma theoria. Classificam-se em dois grupos. 1.º As *Ordnungsstrafen* podem ser destinadas a coagir a vontade recalcitrante no cumprimento de um dever e já manifestada pela desobediência; neste caso ellas distinguem-se das medidas coercitivas em que a coacção não é directa (execução forçada), mas indirecta, e das penas propriamente ditas em que não tem por fim, como estas, prevenir acções delictuosas, mas obrigar a uma certa e determinada prestação. Exemplos encontram-se nos arts. 26, 45, 89, 129, 186 etc. do Cod. do Com. ali. 2.º Ao segundo grupo (a que o autor allude sob o n. III) pertence uma serie de penas applicaveis a pequenas infracções, que, segundo disposições de lei expressas ou tácitas, não devem ser consideradas como infracções criminaes, embora delias «idealmente» não se distingam. Exemplos encontram-se nas leis aduaneiras e fiscaes v. Liszt, H R., 3, 961 ; O. Meyer, "Worterb. des d. Verwaltungsr., 2.* , 208. N. do trad.

(⁸) Os denominados *effeitos jurídicos*. Cona. Binding, 1.º, 428, nota 14, Köbne, Z., 8.º, 446. Trata-se porém de uma verdadeira pena, quando por decisão judiciaria é pronunciada a perda de um direito.

Estado, não como entidade investida do poder publico repressivo, mas na sua qualidade de superior nas relações hierarchicas e no interesse do serviço interno ⁽⁹⁾ ^(b).

D'ahi segue-se o seguinte: a imposição de pena disciplinar não é materia criminal, e portanto não é materia da competência da administração ordinária da justiça ; a mesma infracção pode acarretar uma pena disciplinar e uma pena propriamente dita; aquelle que se acha em diversas relações de serviço (por ex., como funcionario publico e como official da reserva) pode ser varias vezes punido disciplinarmente em razão do mesmo crime; o processo disciplinar não impede a prescripção da pena etc.

2.º Das *penas processuaes* concernentes á inobservância de preceitos jurídicos que não são impe-

¹⁹⁾ Contra esta concepção, também aceita por v. Meyer, Bin-ding, Laband, Hámel, recentemente Heuffert, St. G., 1.º, 67. — O direito *penal autónomo*, que é concedido pelo Estado a certos individuos (acima § 84, nota 8?) ou a certas entidades jurídicas (corporações de officio etc.) não está aqui em questão.

^(b) Tal é a theoria também desenvolvida por Laband, *Staats-recht*, 1.º, 463. Comquanto, entre o direito criminal e o direito disciplinar, diz elle, haja externamente uma grande analogia, pois ambos actuaem por meio da pena, não se deve procurar a idéa do direito disciplinar em uma contraposição ao direito criminal, e sim em uma contraposição ao direito privado. Nas relações contractuaes cada uma das partes contractantes tem acção contra a outra para exigir o implemento da obrigação. Nas relações de subordinação ou de serviço figura em lugar do credito a ordem e em lugar da acção a coacção. A pena disciplinar, como effeito da violação do dever, não decorre pois do poder repressivo do Estado, do poder publico de punir, mas da superioridade hierarchica, tem por base a relação de superioridade entre o Estado e o seu servidor; pelo que as penas disciplinares não são penas no sentido do direito criminal, mas meios para a manutenção da disciplina e da ordem nas relações de serviço e para a segurança dos deveres do serviço. N. do trad. *Z tf±*

rativos (é importante o art. 48 da lei sobre as custas judiciais) (°).

III. — Por disposições do direito positivo e somente em virtude d'ellas a pena distingue-se :

1.º, das pequenas penas impostas por offensas leves, as quaes a legislação imperial designa também com a denominação de *Ordnungsstrafen*. Encontram-se frequentemente sobretudo nas leis aduaneiras e nas leis sobre impostos, bem como nas leis sobre seguros. A esta categoria pertencem também os casos de simples não cumprimento do dever de tomar¹ parte na administração da justiça (*Dingpflicht*).

2.º Dos *effeitos de direito publico* pronunciados por «tribunaes de Estado» ou autoridades análogas (contra os ministros por violação da constituição)

(°) Segundo os ar. ta. 47 e 48 da lei de 8 de Junho de 1878 sobre custas judiciais, *Gerichtskostengesetz* (vêr o *Ann. de lég. étr.*, 1878, p. 98), os tribunaes podem, nas causas eiveis, impor maiores custas á parte que provocou maliciosamente incidentes ou retardou o julgamento por culpa sua, ou que produziu tardiamente os seus meios de defesa, provas ou excepções. N. do trad. .j

(¹⁰) Assim é pelo menos segundo o direito imperial. Pistorius, *Die Staatsgerichtshöfe und die Ministerverantwortlichkeit nach heu-tic/em Staatsrecht*, 1891. Cons. porém (por ex.) Finger, *Die strafreehtA lichen Bestimmungen des (österreichischenj Gesetzes vom 15. Juli 1867§ he.tr. die Verantwortlichkeit der Minister*, 1898. Note-se que a idéa da pena disciplinar (acima nota 9) pode também ter aqui applicação.

(^d) Em muitos Estados da Allemanha os ministros, tendo resolvido as camaras que sejam responsabilizados, são julgados por um «tribunal de Estado» composto por estas e pelo monarcha. A esse tribunal compete julgar si o ministro violou a constituição e declarar os «effeitos jurídicos» da condem nação. —Si a responsabilidade constitucional dos ministros, cujo conhecimento compete aos tribunaes de Estado, deve ser o *impeachment* á americana (responsabilidade disciplinar) ou o *impeachment* k ingleza (responsabilidade criminal) é questão muito controvertida entre os publicistas allemães. Ambas as concepções

IV. — A *pena policial* porém não se distingue (infelizmente), segundo o direito vigente, da pena criminal (com o § 39, nota 4*).

tem sido defendidas. Nas constituições e nas leis orgânicas encontram-se mais ou menos confundidos os dois pontos de vista. Cita-se como a lei mais consequente no ponto de vista da responsabilidade disciplinar a de Baden de 20 de Fevereiro de 1868. — A responsabilidade do chanceler do Imperio é reconhecida no art. 17 da const. federal, mas até o presente esse art. não foi regulamentado por uma lei ordinária. (Ver Schütze, *Lehrb. des d. Staatsr.*, J.º, 300; N. do trad. fV/

H. — DOS DIVERSOS GÊNEROS DE PENA

(SYSTEMA PENAL)

§ 59. — Do systema penal da legislação imperial

I. — Devemos distinguir no systema do C. p. imp. as penas *principaes* e as *accessorias*. As primeiras podem ser applicaões sós; as segundas ligam-se a uma pena principal. Entre as penas accessorias podemos especialisar as *penas subsequentes*, que só depois do cumprimento das penas principaes sãoj susceptíveis de execução.

Teremos uma outra base para a classificação, si considerarmos os bens do delinquente, que o Estado se propõe lesar para o fim de proteger os bens jurídicos. Taes bens são a vida, a liberdade, o patrimonio e a honra (*).

(*) As disposições do C. p. imp. sobre o systema penal são absolutamente direito commum, e ligam a legislação estadual mesmo no campo em que, quanto ao mais, ella é independente. Cons. a lei de intr., art. 5.º. — D'entre as penas accessorias trataremos nos seguintes §| somente daquelas que têm importancia geral. Sobre o systema penal do C. p. mil., vér a parte especial.

II. — Obtemos assim o seguinte systema:

A) Penas principaes.

1.º Concernentes á vida: pena de morte.

2.º Concernentes á liberdade : a) reclusão, b) encarceramento, c) prisão em fortaleza, d) detenção.

3.º Concernentes ao patrimonio : multa ⁽²⁾.

4.º Concernentes á honra: reprehensão ⁽³⁾.

E) Penas accessorias.

1.º Concernentes á liberdade: a) sujeição á vigilância policial; b) ficar o condemnado á disposição da policia superior; c) expulsão do território do Imperio ⁽⁴⁾.

2.º Concernentes ao patrimonio: a) perda perpetua ou temporária do direito de exercer o officio, quando pronunciada por sentença judiciaria ⁽⁵⁾ ; b) publicação da condemnação á custa do condemnado (acima § 58, nota 8.*).

(*) A multa é sempre pena principal, posto que seja comminada conjunctaraente com uma pena restrictiva da liberdade.

Isto tem importancia relativamente ao art. 45 do O. p. De accordo a opinião commum, especialmente a dec. do Irib. do Imp. de 14 de Maio de 1889, 19.º, 284. Olshausen, § 27, 1.º, também segue presentemente a mesma opinião.

⁽³⁾ Que a reprehensão é pena, reconhecem a maior parte dos escriptores, e especialmente a dec. do Trib. do Imp. de 20 de Setembro de 88, 18?, 116.

(*) Que taes penas são accessorias resulta do que foi acima dito (g 68) e é admittido pela maior parte dos escriptores. Cons. especialmente v. Hippel, 197 e Bennecke, 340, nos escriptos mencionados no § 14, nota 8?, e mais Janka, 186, Olshausen, § 38, 1, v. Meyer, 432, Merkel, 222, Schütze, 80, Braune, Z., 9?, 807, Gneist, W. V., 1?, 455, H. Seuffert, W. V., 2?, 268, Elsas, *Begnadigungsrecht*, 64. *Oontrà*, Berner, 220, Binding, 1?, 878, Fuhr, *Polizeiaufsicht*, 95 e outros.

(6) Cons. o art. 80 da lei de 24 de Junho de 1887 sobre o álcool, o art. 66 da lei de 81 de Maio de 1891, concernente ao imposto sobre o assucar, e o art. 143 da lei sobre a industria. 3.

3.º Concernentes á honra: *a)* privação de todos os direitos civicos; *b)* privação de alguns direitos cívicos; *c)* as penas accessorias de que tratam os artigos 161 e 319 do C. p.

§ 60. — I. Da pena de morte

LITTERATURA. — Especialisareiuos as monographias de Hepp, 1835, Mittermaier, 1862, Beruer, 1863, Kiinze, 1868, Geyer, 1869. Hetzel, *Die Toãenstrafe in Kulturge-schichtlicher Entwicklvmg*, 1869; v. Holtzeudorff, *Das Ver-brechen des Mordes und die Todesstrafe*, 1895 j Seeger, *Ab-handlungen*, 1?, 1; Wahlberg, *Kleinere Schriften*, 29, 138 ; Olivecrona, *Om dodsstraffet*, 1* ed., 1886, 2* ed., 1891.— Cons. também o appeoso aos motivos do G. p. imp. e os notáveis discursos do príncipe Bismarck do 1 de Março e 24 de Maio de 1870, bem como os motivos do proj. austríaco de 1874 (Glaser), do cod- ital. de 1888 e do proj. norueguense.

I.— A pena de morte, que era a pena criminal do direito commum conjuntamente com as penas de mutilação, depois de terem sido abolidos os diversos modos de execução cruelmente aggravada e de terj sido limitada a alguns poucos casos excepçionaes, passou completamente para o segundo plano, quanto a sua extensão e applicabilidade, no systema do j moderno direito penal em relação ás penas restri-ctivas da liberdade.

A campanha que os escriptores do período philosophico (antes de todos Beccaria e Sonnenfels em 1764) abriram contra a pena de morte (¹), não teve

(*) Defensores da pena de morte encontram-se também frequen-mente n'esse período. Lembramos Montesquieu, Rousseau, Linguet, Soden, bem como Kant e J. Möser. Na dissertação de Goethe de 1771 a these 53 está concebida n'estes termos: «prensé capitales non abrogandse». Cons. Meisner, *Oaethe ais Jurist*, 1885, p. 17. Controvérsia litteraria no *Deutsche» Museum*, 1776 a 1778. Como adversários anteriores, mencionam-se Bojardo no século XV, e Bombout Bogerbeets np

a principio grande resultado: a pena de morte foi de facto abolida na Toscana em 1765, e legalmente em 1786 (até 1790 ou respectivamente 1795), na Áustria em 1787 (até 1796; ali foi substituída pela terrível pena dos ferros em sombrios cárceres com regimen extenuante e por um lento supplicio resultante da alagem de navios). Na Rússia já em 1753 havia sido provisoriamente substituída pela morte civil; em 1764 foi abolida no processo ordinário. Os effeitos subsequentes da campanha porém, de par com o movimento reformador das prisões que começara desde o sétimo decennio do século passado, provocaram a gradual abolição da execução aggravada e a gradual limitação d'aquella pena a um pequeno numero de crimes ⁽²⁾.

Em virtude do art. 9.º da lei de 1848 sobre os direitos fundamentaes dos allemães (art. 139 da Const. imp.), a pena de morte foi abolida em um certo numero dos Estados da Allemanha - (não na Áustria, na Prússia, na Baviera e na Saxonia); mas a reacção conseguiu restabelecel-a na maior parte parte d'elles. O Hanover admittio até 1859 que o condemnado fosse arrastado ao logar do supplicio. Só Oldenburgo, Anhalt e Bremen mantiveram a abolição. A Saxonia julgou opportuno ainda no anno de 1868, quando estava imminente a legislação do Imperio sobre materia penal, decretar a abolição da pena de morte. Tal era o estado da questão, quando foi encetada a discussão do C. p. da Allemanha do Norte. Os renhidos debates parlamentares, que terminaram pela conservação (ou restabelecimento) da pena de morte já foram mencionados á p. 80.

século XVII, (Z., 5.º, 721). Nos Paizes-Baixos austríacos, a abolição foi em 1776 sujeita oficialmente a exame.

(*) Em 1823 teve lugar em Berlim a ultima execução pelo fogo. Só em 1861 a Prússia aboliu a roda. i Vi 2

Também fora da Allemanha o movimento «abolicionista» não assignala notáveis progressos. A pena de morte foi abolida em 1859 na Toscana (onde já o havia sido desde 1847 até 1852), na Romania em 1864 (expressamente prohibida pela constituição de 1866), em Portugal em 1867 (onde não era executada desde 1843), na HoUanda em 1870. Não existe em S. Marino (desde 1848) e em alguns dos Estados da União norte-americana (em Michigan desde 1847, Rhode Island desde 1852, Wisconsin desde 1853, Maine desde 1887). Também foi abolida na Columbia (1863), em Venezuela (1864) e Costa Rica (1880). Os grandes Estados, especialmente a Inglaterra e a França, a conservam; mas ambos estes paizes, o primeiro desde 1861 e o segundo desde 1832 e 1848, restringiram a sua applicação a um pequeno numero de crimes. A constituição federal da Suissa de 1874 aboliu a pena de morte; mas a 28 de Março de 1879 a Federação a declarou inapplicavel somente aos crimes políticos. Foi assim conferido aos cantões o direito de reintroduzir a pena de morte. Até o presente fizeram uso d'este direito Schwyz, Uri, Unterwald Superior J Appenzel-Rhodes-Interiores, Zug, Saint Gall, Lucerna e Valais. A primeira execução depois de 1868 teve logar a 18 de Março de 1892 (Gatti em Lucerna.)

O novo cod. ital. (bem como o projecto norueguense) não faz uso da pena de morte; mas na Itália já desde 1877, e na Noruega desde dois decennios ella não tem sido mais executada. Também na Bélgica desde 1863 e na Filandia desde 1826 não tem havido execução. Entretanto a Finlândia conservou a pena de morte no seu cod. penal de 1889 ^(a).

(•) A pena de morte, rara vez executada no Brazil durante segundo reinado, foi abolida pelo C. p. e pela const. fed. vigente, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra. N. do tra

II. — Si abstrahirmos do C. p. mil., que eom-mina a pena de morte exclusivamente em dez casos e não exclusivamente em oito (³), esta pena encontra-se na legislação imperial:

1.º, como pena do *assassinato consumado* definido no art. 211 do C. p.;

2.º, como pena do assassinato e da tentativa de assassinato contra a pessoa do imperador, do chefe do Estado de que o delinquente é súbdito e do chefe do Estado onde o delinquente se achava na epocha do crime, art. 80 do C. p. (emenda de v Kardoff);

3.º, como pena do crime de abuso de materias explosivas, quando o agente, empregando taes materias, põe dolosamente em perigo a propriedade, a saude ou a vida de outrem, uma vez que da acção crimínosa tenha resultado a morte de um individuo e o agente pudesse prever esse resultado (lei de 9 de Julho de 1884 sobre materias explosivas, art. 5.º, ai. 3.*; cons. a parte especial);

4.º, os casos de applicabilidade da pena de morte augmentam consideravelmente, quando vigora a lei marcial (acima, § 24, I).

Nos três primeiros casos é comminada exclusivamente a pena de morte (⁴) ; no quarto caso porém

(³) Somente nos crimes militares que são commettidos em campanha, a saber, em alguns casos de traição na guerra e em que sejam compromettidas as forças militares, de deserção, cobardia, certos crimes contra os deveres da subordinação militar quando commettidos diante do inimigo, pilhagem acompanhada de morte, violação dos deveres do serviço em relação ao posto diante do inimigo, quebra da palavra de honra por parte do prisioneiro de guerra (C. p. Mil., arts. 58, 60, 63, 71, 72, 73, 84, 95, 97, 107, 108, 183, 141 e 159). Cons. Hecker, 48.

(*) Não assim na Suécia e em França (attenta a possibilidade da admissão de circumstancias attenuantes). Contra a comminação absoluta de *lege ferrenda*, Krassel, G S., 88?, 177. ^Mj/

é sempre permitida a aplicação de outras penas ⁽⁸⁾. Em todos os casos a pena de morte pôde ser *aggra-vada* com a privação dos direitos cívicos (C. p., art. 32). Não é admissível a pena de morte na tentativa, na cumplicidade por assistência e quando o agente é adolescente (§ 70).

III.— Execução da pena de morte. A pena de morte é executada, segundo o art. 14 do C. p. mil., por fuzilamento, quando applicada em razão de um crime militar, ou quando applicada em campanha, embora o crime não seja militar ⁽⁶⁾. Quanto ao mais a execução da pena de morte rege-se pelo direito estadual ⁽⁷⁾ Em virtude do disposto no art. 3.º, n. 8,

⁽⁵⁾ Isto nos parece indubitável, quando o direito em tempo de paz commina outras penas, além da reclusão perpetua que é substituída pela pena de morte. Egualmente John, H H, 3?, 68; *contra* Hälschner, 2?, 768, Olshausen, Lei de intr., § 4?, 9. O mesmo deve ser também admittido com relação ao art. 87, ai. 2? e art. 90 do O. JM que comminam a pena de reclusão perpetua, pois ambos estes artigos admittem circumstancias attenuantes.

(•) O texto não é muito claro (Bennecke, Z, 7?, 728). Em tempo de paz, a pena de morte não é admittida nos crimes militares. Si o delinquente é condemnado á morte, em tempo de paz, em razão de um *crime comtnum*, o art. 189 do O. do pr. p. mil. da Prússia manda entregal-o & *justiça civil*, para que a pena seja executada por decapitação.

⁽⁷⁾ Nas antigas províncias prussianas, o machado; a guilhotina desde 1818 na província rhenana, desde 1841 em Darmstadt, desde 1852 na Saxonia, desde 1854 na Baviera, desde 1856 em Frankfort, Baden e "Weimar, desde 1857 em Sondershausen e Coburgo, desde 18801 em Hannover. — A Austria-Hungria, a Inglaterra, a Rússia e os Es-tados-Unidos conservam o enforcamento, a Hespanha, o garrote; New? York introduzio ultimamente a electricidade como meio de execução. — A palavra *guillotine* deriva do nome do medico parisiense J. J. Guil-lotin, f 1814. No 1.º de Dezembro de 1789 elle propoz que a execução fosse igual para todas as ordens, mediante um simples mecha-

da lei imperial concernente ás relações jurídicas dos territórios sob o protectorado allemão, foi ahi introduzido por ordenança imperial «um outro género de pena de morte, que não a aggrave» (fuzilar ou enforcar).

O C. do pr. p. contem também algumas disposições concernentes a esta materia. Segundo o art. 485, a pena de morte só pôde ser dada á execução, depois que o poder investido da attribuição de agraciar declarar que não quer fazer uso d'esta sua attribuição. A loucura e a gravidez impedem a execução.

Em virtude do disposto no art. 486, a denominada execução *intra muros* ⁽⁸⁾ (execução em um recinto com limitada publicidade), introduzida na maior parte dos Estados da Alie manha entre os annos de 1840 e 1850 (em 1851 na Prússia), tornou-se direito imperial.

njsmo. Os versos satyricos de uma folha realista prophetisaram com acerto que a machina traria o nome do proponente. Cons. Korn, *J. §J. Quillotin*, diss., 1891; Lenôtre, *La Guillotine et les exécutés des larrés crimineis pendant la révolution*, 1898. A primeira execução pela guillotina (construída por Louis e Schmidt) teve logar em 1792. O invento era desde muito conhecido. Na Áustria recusaram"admittit-o em 1756 somente por causa das despesas. Wahlberg, *Klein. Schrifien*, 2.º, 299 ; Maasburg, *Entstehungsgeschichte der Theresiana*, 1880, p. 40; Böhmer, *§Neue8 Arehiv*, 6.º 6.

(8) Igualmente introduzida na maior parte dos paizes estrangeiros.— A execução sem publicidade também foi muitas vezes discutida na Allemanha pelos fins do século XVIII, como por v. Hippel em 1797, e por um anonymo em 1798 (Böhmer, *Handb. der Litt.*, § n. 84). A crescente repugnância contra as publicas execuções de peua foi o ponto de partida. Cons. Bush (Pensylvania), *Enquiry into the effects of publie punishments upon crimmals ttnd upon socieiy*, 1787, Puttmann, *Carta» a Rush*, 1792. 2 W £

§ 61.— II. As penas restrictivas da liberdade

Sua historia

LITTERATURA.— Antes de tudo, o *Hanābuch āes Gefā7igniswes<ns* publicado por v. Holtzendorff e v. Jagemai 2 vol., 1888, e Krohne, *Lehrbuch der Gefāgniskunde*, 1889. — Aschrott, Z., 89, 1, v. Koblinski, Z., 9?, 783, H. Seuf-fert, W V., 19, 481, Böhmer, G. S., 48, 159, Sichart, *JEntumrf eines Gesetzes iiber den VoUzug von Freiheitsstmsen j fii/r das Deutsche Reich*, com observações, 1892. — Dalcke e Genzmer, *Mandb. der Strafvóttstreckung unā Gefāgnis-verwaUung in Preussen*, 1890; Wulff, *āie Gefāgnisse der Justizverwaltung in Preussen*, 1890; Henle, *Das Gefāgnis-wesen in Bayem*, 1887; Streng, *Geschichte der Gefāgnis- ; verwaltung in Hamburg*, von 1622 bis 1872, — 1890; Leit-maier, *Die österreichische Gefāgniskunde mit BerucksichU-] gung āes ausländischen Gefāgniswesens*, 1890; Bertolotti, *Prigioni e prigionien in Mantua* (de XIII até o XIV século), 1890; Joly, *Le combat contre le crime*, sem datai (no essencial uma exposição das prisões francezas).— São importantes os trabalhos do congresso internacional, sobre prisões, reunido em Londres em 1872, em Stockholm em 1878, em Roma em 1885, em S. Petersburg em 1890. —| *Blätter für Gefāgniskunde*, revista publicada desde 1864 j por Bkert (presentemente por Wirth); a *Revue péniten-tiaire*, publicada pela *Société générale āes prisons* com sede em Paris.

I. — A pena de prisão, como pena criminal j propriamente dita, pertence aos tempos modernos. Com tal character ella era ainda ignorada pela Carolina, comquanto as casas denominadas de *fiação* e de *serrar madeira* (*Spinn- unā Rasperlhäuser*), succes-1 soras immediatas da *torre da idade média*, servissem para a detenção dos credores remissos e dos transgressores dos preceitos policiaes, e também não raro, já no século XV, se empregasse, como meio de pu-1 nição, o trabalho publico (Z., 10.º, 18.º, 12º, 479).| As casas de correcção, que foram successivamente | apparecendo desde os fins do século XVI e o começo

ção século XVII (Londres em 1550, Amsterdam em 1595 e 1596, Lubeck e Bremen em 1613, Hamburgo em 1619, etc.), destinadas aos vagabundos e ociosos, aos mendigos, às mulheres libertinas, aos criados incorrigíveis e aos meninos viciados, tinham a principio o character de estabelecimentos de educação forçada. Mas já no decurso do século XVII come-çou-se a encerrar nellas, para segurança da sociedade, criminosos condemnados, com o que aquelles estabelecimentos foram desviados do seu primitivo destino. No século XVIII as casas de correcção hospedavam individuo» das classes mais diversas, agglomerados em espaços insufficientes, sem a necessaria inspecção e sem correspondente occupação. Só a pouco e pouco veio-se a reconhecer que o principal vicio da execução penal estava no communismo dos réos e assim atinou-se ao mesmo tempo com o caminho a seguir para a remoção dos inconvenientes mais graves. B II- — Como primeiras precursoras das prisões modernas podem ser consideradas a prisão cellular de Franci aberta em Florença em 1677 e a casa de correcção construída em Roma em 1704 por Clemente XI, destinada aos moços pervertidos; ahi focam pela primeira vez experimentados com feliz resultado o trabalho em commum sob a lei do silencio durante o dia e a prisão cellular durante a noite. Segundo as mesmas normas foi também instituída a casa de correcção de Cassei (1720).

Mas o predomínio da pena restrictiva da liberdade e de prisão propriamente dita só começou com a casa de correcção de Gand que, principiada em virtude da ordem imperial de 17 de Janeiro de 1772, abriu-se em 1775. Foi construída segundo os planos do visconde Villain 14 sob Maria Theresa e adoptou o regimen da casa dos moços pervertidos : os réos reuniam-se de dia para o trabalho em commum e á noite eram recolhidos ás suas cellulas. o^o

Pouco mais ou menos pelo mesmo tempo (1773) John Howard (nascido em 1726) começou os seus estudos sobre o estado das prisões na Inglaterra e no continente europeu. Em 1777 apareceu o seu *State of prisons in England and Wales*», seguido de outras publicações sobre as frequentes viagens que empreendera com um zelo e uma dedicação incansáveis. Victima da missão que se impusera, Howard morreu em 1790, em Gheron, na Rússia.

ITI. — No entanto o movimento foi levado à América, principalmente sob a influência de B. Franklin (f. 1790). Entre as queixas já em 1775 formuladas pelas colónias figurava a concernente à remessa de criminosos ingleses. A sociedade das prisões de Philadelphia, fundada em 7 de Fevereiro de 1776, dispersa pela guerra, mas de novo reunida em 1787, além de obter a limitação da pena de morte, conseguiu introduzir na penitenciária de Walnutstreet, instituída em 1790 em Philadelphia, o regime da prisão rigorosamente celular durante o dia e à noite (*most rigid and unremitted solitude* com exclusão do trabalho, pelo menos de facto). Os resultados deste sistema penetrado do espírito verdadeiramente *quaker* foram de todo ponto desfavoráveis. Em 1823 substituiu-se em Auburn, Estado de New-York, o *solitary-system* pelo *silent-system*, separação durante o dia, impedindo-se o comércio corruptor dos réus entre si pelo silêncio absoluto e mantido com máxima severidade (chicote). Triunfou, porém, no Estado da Pensilvânia em 1829, depois de renhida luta, a prisão celular. Combinado com o trabalho obrigatório, este regime foi rigorosamente observado na celebre *Eastern Penitentiary*, situada no *Cherry Hill* em Philadelphia, prisão visitada e preconizada pelos viajantes de todos os países.

IV.—Ao passo que nos Estados-Unidos a luta dos dois systemas, continuada com a maior vehe-mencia, cedo terminou pela completa derrota da prisão cellular, esta começou a sua marcha triumphal atravez da Europa. Em 1840 foram lançados os alicerces da prisão modelo de Petonville perto de Londres que, aberta em 1848, modificou o *solitary-system* dos Americanos, convertendo-o no attenuado *separate-system* inglez. Desviando-se do modelo da Pensylvania, a prisão cellular é na Inglaterra apenas uma phase no systema inteiramente *progressivo* da execução penal. Após dezoito mezes de prisão cellular (este prazo foi depois muito reduzido), que é destinada á experiência e não á correcção, os réos são remetidos para as colónias da Austrália onde os distribuem por diversas classes, conforme o procedimento que tiveram em Petonville.

No continente não se prestou atenção a esta correlação. Suppunha-se imitar o exemplo da Inglaterra com pedir, sem nenhuma limitação, a execução da pena de prisão em cellula. *Bruchsal* e *Moabit*, aquella aberta em 1848 e esta em 1849, foram as primeiras prisões da Allemanha construídas segundo o modelo de Petonville. Apesar da geral desillusão que entre 1850 e 1860 se seguiu ao primeiro entusiasmo, os diversos Estados porfiaram logo na construcção de prisões cellulares providas de corpo central e de raios, com separações (*stattsj* na igreja e na escola, e pequenos pateos para o passeio isolado dos réos revestidos de mascara, bem como na regulamentação legal da prisão cellular. A Bélgica, tomando a dianteira, começou a transformar completamente as suas prisões segundo o systema cellular e o desenvolveu consequentemente. Os outros Estados limitaram-se a applicar a prisão cellular ás pequenas penas e nas longas somente na phase inicial, ZH7

V.—A abolição gradual da deportação para a Austrália (1853, 1857 e 1867) e a substituição da deportação pela *penal servitude* deram lugar a que na Inglaterra se applicasse de um modo cada vez mais decisivo o *systemnprogres&ivo* na execução das longas penas de prisão. Dominado pela idéa de restabelecer gradualmente no condemnado o equilibrio moral e de reintroduzil-o gradualmente na sociedade civil, o *systema* inglez, nos seus pontos essenciaes, compõe-se das seguintes phases que o condemnado tem de percorrer: 1º rigorosa prisão celiular durante nove mezes; 2º trabalho em commum em quatro classes progressivas (*systema* das marcas); 3º libertação condicional, attenta a possibilidade de ser revogada (*ticket of leave*). Este *systema* com modificações, que não o affectam em sua essência, foi admittido na Irlanda. Entre as modificações sobresaej o accrescentamento de uma phase que precede á libertação condicional, —a residência em uma prisão intermediaria (*intermediate prison*), onde é permitido ao condemnado ter livre pratica com o mundo exterior.

Esta differenciação (introduzida por Walter Crofton de 1853 a 1864) induziu Mittermayer, v. j Holtzendorff e outros a referir-se a um *systema irlandês* especial (expressão esta que na Grã Bretanha mesma é inteiramente desconhecida) e a re-commendar calorosamente a sua observância (1859). Tem-se empregado também (e ainda hoje se empregam) as denominações *systema irlandez* e *systema progressivo* como de todo equivalentes, comquanto a idéa fundamental (restituição gradual do condemnado lá liberdade), desprendidas das particularidades de execução determinadas em grande parte por circumstancias locais e só localmente justificáveis (como, de um lado, o *systema* das marcas e, de outro, as prisões intermediarias), já tivesse sido enunciada

no século passado por Wagnitz e depois por Fel-kampf e outros, bem como fora desde muito realisada em varias prisões da Suissa (principalmente em Genebra), e também na Inglaterra. Mesmo a «estação de transito » fora anteriormente e varias vezes lembrada na Allemanha e em 1851 introduzida em Dreiberger no Mecklenburgo. Cons. H Gr., 1^o, 117 (Wahlberg), 177 (v. Liszt). A Hungria, a Croácia e a Bósnia são os paizes que mais de perto seguem o modelo irlandez. A Itália, a Finlândia e o Japão introduziram também o systema progressivo.

Encontrou pelo contrario numerosos adeptos no continente a libertação condicional do direito inglez, cuja origem remonta ás colónias da Austrália. Deixando de parte a tentativa mallograda de 1860 (Vechta no Oldenburgo), a Saxonia a admittio em 1862 e foi depois introduzida em muitos paizes estrangeiros.

V.—A actual legislação imperial regula apenas em uma pequena parte a execução das penas de prisão. Em sua máxima parte foi esta materia deixada ás legislações dos Estados. No C. p. imp. encontram-se somente algumas disposições sobre a prisão cellula e a libertação condicional, bem como no tocante á execução «penal contra criminosos adolescentes. Assim no campo incontestavelmente o mais importante da cultura do direito penal, o Imperio da Allemanha não gosa ainda presentemente da unidade do direito e nos Estados (principalmente no maior delles) encontram-se variegadas amostras dos systemas os mais contraditórios.

A necessidade de uma regulamentação por lei imperial foi reconhecida na justificação do projecto do C. p. para a Allemanha do Norte ; repetidas resoluções do *Reichstag*, tomadas em 1870, 1875 e 1876, manifestaram-se no mesmo sentido ; também a sociedade dos empregados das prisões da Allema-

nha, na sua reunião de 1874, em Berlim, accentuou a necessidade de pôr-se termo á diversidade do direito estadual em materia de execução penal. O projecto de uma lei imperial sobre a execução" das penas de prisão, apresentado a 19 de Março de 1879 ao *Bundesrat*, não chegou a ser remetido ao *Reichstag*. Bom foi que assim succedesse. Cada vez mais se avigora nos círculos competentes a convicção de que uma regulamentação satisfactoria da execução da pena não é possível sem que o mesmo, tempo se transforme todo o nosso systema penal.

§ 62. — As penas de prisão da legislação imperial

I.—A legislação imperial distingue quatro especies de penas de prisão, as quaes são:

1.^a, *reclusão*, como pena grave e infamante, com trabalho forçado;

2.^a, *encarceramento*, como pena de gravidade média, em si não infamante, com trabalho forçado;

3.^a, *detenção*, como pena leve, não infamante, ordinariamente sem trabalho forçado;

4.^a, *prisão em fortaleza*, como pena grave, não infamante, sem trabalho forçado (a *détention* dos francezes, a *Einschliessung* do direito prussiano, também não raro denominada *Staatsgefängnis* ou prisão de Estado) (*).

Em consequência da deficiência das disposições do direito imperial sobre a execução das penas de prisão, a differença entre a reclusão e o encarceramento, bem como entre esta e a detenção, é de facto nulla.

(*) E' a *custodia honesta* do direito penal ali. N. do trad.

II.—Segundo as disposições do 0. p. imp., as penas de prisão distinguem-se nos seguintes pontos:

1.º—Aplicação. A reclusão é a pena do crime, o encarceramento a do delicto, e a detenção a da contravenção; mas excepcionalmente encontra-se a detenção applicada a delictos (C. p., art. 140, n. 2, 185 e 186, bem como, por ex., nos casos do art. 147 da lei sobre a industria, e dos arts. 2 e 3 da lei de 5 de Abril de 1888 sobre as sessões judicarias secretas). A prisão em fortaleza deve substituir tanto a reclusão como o encarceramento e com estas duas penas é alternativamente comminada em uma série de crimes políticos (e também nos arts. 130 a e 345 do C. p.) e exclusivamente no duello.

2.º—A reclusão e a prisão em fortaleza são penas perpetuas ou temporárias, o encarceramento e a detenção são sempre temporárias. O máximo das duas primeiras, quando temporárias, é quinze annos; o máximo do encarceramento é cinco annos, e o da [detenção seis semanas. O minimo é na reclusão um anno, de sorte que as fracções de um anno devem ser convertidas em encarceramento; nas demais penas o minimo é um dia (O. p., arts. 14 a 18.) ⁽¹⁾.

3.º—A pena de reclusão mede-se por mezes completos, as outras por dias completos (C. p., art. 19). O dia eomprehende 24 horas, a semana sete dias, o mez e o anno se con""im segundo o I calendário.

4.º—A reclusão é necessariamente acompanhada de trabalho forçado (C. p., art. 15). E' permitido

(1) Sobre a questão de saber qual deva ser o máximo da pena temporária de prisão mais grave, cons. o appenso aos motivos do C. p. Não raro se tem pedido a reduccão a 10, e mesmo a 5 annos. Mais importante seria elevar o mínimo da pena de reclusão. Os máximos do O. p. podem ser excepcionalmente excedidos no concurso real de crimes (sobre lato vêr o § 18). 2 tt Q

o trabalho fora do recinto da prisão, uma vez que os condenados sejam separados dos trabalhadores livres. Os condenados a encarceramento (C. p. art. 16) *podem* ser empregados em trabalhos que se achem em relação com as suas aptidões e com a sua condição, e devem ser empregados deste modo, se o pedirem; o trabalho fora do recinto da prisão só é penitenciado, se os condenados consentirem. Na prisão era fortaleza (C. p., art. 17) o trabalho forçado é absolutamente vedado, e na detenção só tem cabimento em casos inteiramente excepcionais (C. p., arts. 362 e 361, ns. 3 a 8 com relação a vagabundos, mendigos, vadios e preguiçosos, prostitutas e indivíduos sem ocupação).

5.º—A reclusão acarreta de pleno direito a perda de certos direitos civis (C. p., art. 31.) A reclusão e (dados certos requisitos) o encarceramento podem ser acompanhados da perda total dos direitos civis; o encarceramento e (em certos casos) a prisão em fortaleza podem ser acompanhados da perda parcial dos mesmos direitos. (C. p., art. 32 e seg.). Tal pena accessoria, porém, não se liga à detenção.

6.º—A prisão celular e a libertação condicional têm cabimento nas penas de reclusão e de encarceramento, mas não na de prisão em fortaleza ⁽²⁾.

⁽²⁾ sobre a execução das penas militarmente impostas, ver Ja-gemann, li O., l.º, 157. Quanto ao mais, ver o O. do pr. penal, art. 483, e o C. da org. jud., arts. 163 e 164. A execução das penas pronunciadas pelo Tribunal do Imperio assenta sobre um accordo concluido entre a Rússia e o Imperio. ^(a)

^(a) o C. do pr. p. ali. adopta o systema da legislação francesa, que confia ao ministério publico a execução das sentenças criminaes (art. 483 combinado com o art. 36). A actividade da justiça terminal com a sentença. Logo que esta é exequível, o ministério publico tem de tomar todas as medidas necessarias para dar-lhe a execução, o espe-

III.—Prisão celular (C. p., art. 22). As penas de reclusão e de encarceramento podem ser cumpridas, no todo ou em parte, segundo o systema cellular, e n'este caso os condemnados serão conservados, «sem interrupção» (e portanto na igreja, na escola, no passeio), separados dos outros presos. Sem o consentimento do condemnado, a prisão celular não pôde ser prolongada além de três annos ⁽³⁾.

IV.—Libertação condicional. Segundo os arts. 23 a 26 do C. p., os condemnados a penas de reclusão e de encarceramento de longa duração (temporárias) poderão, si n'isto convierem, ser provisoriamente soltos, quando tiverem cumprido três quartas partes, e em todo as caso pelo menos um anno da pena respectiva e se houverem comportado bem durante esse tempo.

Si o tempo da pena decorrer, sem que a libertação provisória tenha sido revogada, considera-se cumprida a pena de prisão.

A revogação é permittida, quando o libertado procede mal ou não cumpre as obrigações que lhe foram impostas. O seu effeito é que o tempo decorrido desde a libertação provisória até a volta á prisão do condemnado não é computado na duração da pena.

cialmente para expedir os mandados e ordens de prisão a que se referem os arts. 48 !> e 131 do mesmo Cod. Si surgem, porém, duvidas a respeito da interpretação de uma sentença ou do calculo da pena pronunciada, ou quando se fazem aí legações contra a execução da pena, o tribunal é chamado a decidir (art 490). Cumpre notar que a administração judiciaria superior de um Estado pôde confiar aos juizes de bailiado a execução das penas nus causi.s da competência dos tri-bunaes de escubinos (art. 488, ult. ali.). N. do trad.

(*) Segue-se da letra clara desta disposição que cila não tem applicação na prisão em fortaleza e também ^infelizmente) na detenção. J

» *

Á libertação condicional e a revogação desta medida dependem da administração superior da justiça. A detenção provisória do libertado pôde também ser ordenada, por motivos imperiosos de segurança publica, pela autoridade policial do logar em que elle residir.

V.—As penas de prisão impostas a adolescentes devem ser cumpridas em estabelecimentos ou logares especiaes destinados a este fim (C. p., art. 57, ult. ai.)⁽⁴⁾.

§ 63. — III. Da multa

LITTERATURA. — Stooss, *Zur Natur der Vernwçemstrafe*, 1878; Kronccker, G A., 27.º, 81 e 28.º, 9; "Wahlberg, *Klein. Schriften*, 2.º, 231; Seidler, nos *Annuarios de Gonrad*, nova serie, 2.º, 241; Beinhardt, *Gelãstrafe und Busse*, diss., 1890.

T

I. — A multa é a única pena principal sobre o patrimonio no systaina penal da legislação imperial, que delia faz frequente, mas não bastante nem mesmo conveniente applicação (§ 14, nota 5.^a). Ora é comminada exclusivamente, ora com uma pena de prisão a que se liga obrigatoriamente como segunda pena principal, ora alternativamente (*) com uma

(*) Segundo a lei prussiana de 29 de Maio de 1879, as penas de prisão até duas semanas impostas a estudantes das universidades e de certas academias da Prússia podem ser cumpridas, á requisição da autoridade judiciaria, nas prisões académicas. Cons. Stein, *Die ahademische Qerichtsbarkeit in Deutschland*, 1894, p. 144. Em face do direito imperial, que não adinitte estabelecimentos especiaes para execução de pena em relação a certas classes, o vigor desta lei é extremamente duvidoso.

(¹) Nos casos de escolha entre a multa e uma pena de prisão, a multa não pode ser applicada, segundo o art. 20 do C. p. mil., quando pela infracção o delinquente tenha violado também um dever militar.



pena desta natureza, e neste caso ora em primeiro, ora em segundo logar. -i

II. — O mínimo da multa é, nos crimes e delictos, três marcos e nas contravenções um marco (C. p.j art. 27). O C. p., na sua parte geral, não fixa o máximo; segundo as disposições da parte especial, a multa não excede a 6.000 marcos, e somente segundo o art. 302 d, accrescentado pela lei de 24 de Maio de 1880 sobre a usura, pode elevar-se a 15.000 marcos. Calcula-se segundo o valor integral do marco.

A multa é cobrada pelo Estado e applica-se a fins de utilidade publica. A execução rege-se pelos mesmos preceitos concernentes á execução das sentenças eiveis (C. do pr. p., art. 455) ⁽¹⁾.

III. — Muito maior é o alcance da multa nas leis accessorias, onde em muitos casos é comminada como múltiplo ou fracção da importancia dos impostos ou direitos defraudados. Além de numerosas leis aduaneiras ou fiscaes, podem ser citadas, como exemplos, a lei de 8 de Junho de 1871 sobre papeis ao portador com premio, art. 6.º (multa equivalente á 5." parte do valor nominal dos titulos que fazem objecto da infracção, devendo, pelo menos importar em 100 thalers), a lei bancaria de 14 de Março de 1875, art. 55 (multa equivalente ao decuplo da importancia dos titulos indevidamente emittidos, devendo pelo menos importar em 500 marcos), a lei de 21 de Dezembro de 1874 sobre a emissão de notas bancarias, art. 2.º, § 2.º (o quádruplo da importancia da nota illegalmente emittida, não podendo

(1) A multa recae também sobre a pessoa do condemnado. Assim o pagamento da multa por terceira pessoa é inadmissível, em-quanto o condemnado vive. Cons. sobre a opinião antiga e em parte divergente von der Deoken, Z., 12.º, 97. Sobre a execução do espolio, ■ver o { 74, II. §57

a multa ser inferior a 100 marcos). O Cod. Com segundo o texto da lei de 18 de Julho de 1884[^] com mina varias vezes nos arts. 249 e seg. multas até 20.000 marcos; a lei de 3 de Julho de 1893 sobre a espionagem vae até 15.000 marcos; a lei de 27 de Dezembro de 1872 sobre gente do mar, nos arts. 83 e 84, calcula a muita segundo o frete mensal.

Sobre o destino das multas, cons. (por ex.) a lei de 6 de Fevereiro de 1875 concernente ao estado civil, art. 70, segundo a qual as multas nella com-minadas pertencem ás com mu nas a que incumbem as despesas com o respectivo escriptorio do registro; a lei de 14 de Maio de 1879 sobre viveres, art. 17, e a lei de 20 de Abril de 1892 sobre vinhos, art. 10, segundo as quaes as multas pertencem aos cofres, a que incumbe a manutenção dos estabelecimentos] destinados ao exame technico dos géneros e bebidas; a lei sobre a industria, art. 146 (caixa de soccorrõ e outras caixas que se destinem a beneficiar os operários, eventualmente á caixa de assistencia publica, art. 116 da cit. lei); a lei postal de 28 de Outubro de 1871, art. 33 (caixa de assistencia postal); a lei de 27 de Dezembro de 1872 sobre gente do mar, art. 107 (caixa da gente do mar ou caixa da assistencia publica do porto de origem do navio); a lei de 10 de Abril de 1892 sobre o seguro contra] enfermidades (caixa dos enfermos). Segundo as leis | aduaneiras e fıscaes, as multas pertencem ás mais das vezes ao fisco do Estado, por cujas autoridades] foram proferidas as .respectivas sentenças. Segundo] o art. 7.º da lei prussiana de 23 de Abril de 1883] sobre a decretação de disposições policiaes que com-l minam penas, as multas impostas por infracção de taes disposições pertencem ao cofre a que incumbem as despesas com a administração policial. Nos termosii do art. 34 da lei prussiana de 1878 sobre furtos

Florescaes as multas pertencem em certas condições I a quem soffreu o damno. A ordenança de 13 de Julho Ide 1888, art. 11, consigna as multas ao cofre da I Companhia de Nova-Guiné.

§ 64. — IV. Da reprehensão

I. — A reprehensão, já admittida como pena no direito commum e em vários codigos dos Estados Ida Allemanha, encontra-se na legislação imperial em um unico caso (C. p., art. 57, n. 4), isto é, quando um adolescente commette um delicto ou uma contra-venção, o tribunal pode, nos casos menos graves, pronunciar a pena de reprehensão.

II. — Como a reprehensão é pena, só pode ella I ser applicada, quando passa em julgado a sentença I que a impõe.

Sobre a execução desta pena faltam (mesmo no C. do pr*. p.) disposições expressas. Devem ser [ipois applicadas por analogia as disposições do mesmo cod. ('). Assim, de accordo com o art. 483, a reprehensão deve ser infligida pelo juiz do bailiado ou Ipelo ministério publico em virtude de uma copia fcauthentica do dispositivo da sentença passada pelo escrivão com attestação de que a sentença é exe-iquivel (²).

(') No mesmo sentido as dec. do Trib. do Imp. de 14 de Ou-fcuhro de 86, 14?, 421, e de 26 de Janeiro de 98, 23.º, 408, Hälsehner, |l-º. 605, v. Meyer, 431. *Contra*, O'shausen, £ 67, 14.

(*) O art. 57, n. 4, do C. p. não é «bservado em algumas leis jpenaes estaduaes. Cons. a lei prussiana de 15 de Abril de 1878, prt. 10, sobre o furto florestal. —A oondemnação á reprehensão terve |tambem de base á aggravnção da pena em razão da reincidencia ; Bons. o 2 69. — Sobre a prescripção da reprehensão, vêr os g§ 77 e 78.

§ 66. — V. Das penas accessorias concernentes à liberdade

I. — Do arbítrio do tribunal depende autorisar a sujeição do delinquente á vigilância policial, como pena accessoria á de prisão. Esta pena accessoria tem cabimento regularmente, quando o delinquente é eondemnado á reclusão, excepionalmente (C. p., art. 49 a, 180, 262 e 294), quando é eondemnado a encarceramento, e em um unico caso quando é eondemnado á prisão em fortaleza. Não pode ser infligida fora dos casos expressamente previstos peia lei C).

1." — Os casos expressamente previstos, em que pode ser autorizada a sujeição do eondemnado á vigilancia policial, são os seguintes : 0. p., arts. 49 aj 115, 116 (resistência e ajuntamento illicito), 1221 (revolta de presos), 125 (perturbação da tranquillidade publica), 146 a 147 (moeda falsa), 180 e 181 (lenocínio), 248 (furto e desvio), 256 (roubo e extorsão), 262 (receptação), 294 (fazer profissão do furto de caça), 325 (crimes de perigo commum), 19 a (provocar alguém a praticar um crime ou oífe-j recer-se para praticar um crime) e nas tentativas dos crimes que são punidos com a pena de morte

(¹) Vêr a litteratura indicada no § 14, nota 7*, e Zucker, *Die§ Polizeiaufsicht naeh österrcichischlicm Rteht*, 1894. Segundo o que pu-| demos verificar, o cod. penal josephino de 1787 (2.º, 32) foi o primeira que permittio a viligancia policial (no furto); mas pelos fins do sé-iculo XVIII esta medida era geralmente empregada na administração da justiça e encontra-se na maior parte dos cod. territoriaes do mesmo século. O novo desenvolvimento que teve na Prússia (lei de 12 da Fevereiro de 18)2) assenta no art. 44 e seg. do *Godé pinai* (resolução do Senado de 28 Floreai, anno 12: *renvoi sous la mrveillance de la§ ipoliee*). A legislação estrangeira em parte a tem repellido.

ou com a pena de reclusão perpetua ⁽²⁾, bem como na cumplicidade de taes crimes (C. p., arts. 44 e 49) ⁽³⁾. As leis accessorias accrescentaram outros casos, a saber, os arts. 91 e 92 da lei de 27 de Dezembro de 1872 sobre gente do mar, o art. 13 da lei de 14 de Maio de 1879 sobre viveres, o art. 11 da lei de 9 de Junho de 1884 sobre materias explosivas, e finalmente a lei de 3 de Julho de 1893 sobre espionagem (segundo o art. 6.º, a sujeição á vigilância policial é pena accessoria á prisão em fortaleza).

Quando a pena do crime ou delicto consumado pode acarretar a sujeição do condemnado á vigilância policial, esta pena accessoria é igualmente applicavel á tentativa (C. p., art. 45) ; é ainda applicavel accessoriamente á pena *collecUva* no caso do concurso de muitas infracções, si alguma delias admittir a sujeição á vigilância policial (C. p., art. 76). Não tem porém applicação, quando o delinquente é um adolescente.

2.º — Em virtude de uma tal condemnação, a policia superior, previamente ouvido o director da prisão, fica autorisada a pôr o condemnado sob a vigilância policial durante cinco annos no máximo.

Este prazo conta-se do dia em que a pena foi cumprida, ou perdoada, ou prescreveu (C. p., art. 38).

3º — Os effeitos da sujeição á vigilanoia policial consistem (C. p., art. 49) :

a) no direito conferido á policia superior de prohibir a presença do condemnado em certos logares

(*) Si forem com minadas alternativamente a reclusão perpetua [* uma outra pena, é admissível na tentativa a vigilância policial, caso o tribunal tenha preferido a escala penal mais grave.

⁽³⁾ Em sentido contrario Fuhr, 197. O que regula porém é a equiparação admittida pela lei entre a tentativa e a cumplicidade por assistencia. Correctamente Seuffert e Olshausen. 1 5"} }

(em certas localidades ou locais, como estalagens, theatros, estações de via férrea etc), e especialmente, no lugar natal;

b) na faculdade conferida á policia superior de expulsar o condemnado, si for estrangeiro, do território federal (pelo tempo de cinco annos no máximo);

c) no direito de proceder a buscas na casa do condemnado, sem observância dos preceitos relativos ao tempo em que as buscas podem ser dadas ⁽⁴⁾.

4.º — Si o condemnado infringe as ordens a que se refere a lettra a, incorre no art. 361, n. 1º do C. p.

II. — Sujeição á disposição da policia. Quando o juiz condemna o delinquente á detenção em razão de alguma das contravenções previstas no art. 161, j ns. 3 a 8 do C. p. (concernentes a vagabundos, mendigos, prostitutas, vadios, indivíduos preguiçosos ou sem occupação), pôde ao mesmo tempo ordenar que, cumprida a pena, o condemnado seja posto á disposição da policia superior. Esta disposição temj por effeito conferir á policia superior a faculdade de recolher o condemnado a uma casa de correcção (*Arbeitshaus*) até dois annos ou de empregal-o emj trabalhos de utilidade publica. No caso previsto nj art. 361, n. 4 (mendicidade), esta medida só l admissível, quando o condemnado, no curso dos tres^ últimos annos, tenha sido varias vezes condemnado] pela mesma contravenção e em virtude de sentenças passadas em julgado, ou quando tenha mendigadoj trazendo armas ou empregando ameaças. Si o com demnado for estrangeiro, a policia, em vez de reco lhel-o a uma casa de correcção, poderá expulsal-f

(*) Outros effeitos indica o C. do pr. p. nos arts. 103, 10] 100 e 113.

do território federal (C. p., art. 362). Costuma-se designar esta medida com a denominação de « detenção correccional subsequente » (ou detenção complementar)⁽⁶⁾ ^(a).

III. — A expulsão do território federal só é

^(B) Yér a litteratura indicada no § 14, nota 8.* A detenção subsequente já era frequentemente empregada no século XVIII. Suscitada na Prússia por Suarez (Stöltzel, 246 e 801), admittida no *Direito eommum prussiana*, ampliada por um decreto de 1799, cahiraj em esquecimento. O novo desenvolvimento assenta em uma lei prussiana de 1848 (modificada em 1846), a qual se inspira no *Code penal*.

— A detenção subsequente deve seguir-se inmiadiatamente á pena principal. Neste sentido v. Hippel, 113, Benneck, Z. 10.º, 339. *Contra*, Seuffert, W V., 2.º, 258, de accôrdo com a pratica da Prússia e de Baden.

A *Arbeitshaus*, de que trata o art. 862 do C. p. ali. não deve ser confundida com os estabelecimentos do mesmo nome (a'ylos, *dépôts de mendicité*, *Workfhouses*), em que os pobres não delinquentes da communa são recolhidos para terem emprego. A *Arbeitshaus* destinada aos vagabundos, mendigos, etc, condemnados por sentença, é casa de correcção. A pena de casa de correcção era admittida pela maior parte dos cod. allemães, antes de 1870, como pena intermediaria entre a de reclusão e a de encarceramento, pois, em razão do trabalho forçado, era mais rigorosa do que esta, e por não ser infamante, mais branda do que aquella. — Como a prisão correccional tem lugar depois de cumprida a pena de detenção, a policia deve resolver, antes da soltura do réo, si quer fazer uso ou não de sua attribuição. Entre a detenção e a prisão correccional ha continuidade; si deizarem o con-demnado em liberdade, não poderá elle ser preso posteriormente ao bel-prazer da policia. Esta, porém, não está obrigada a declarar por quanto tempo quer que a prisão se prolongue durante os dous annos.

— Merkel critica esta instituição do C. p. A detenção que precede á prisão correccional, diz elle, não tem fim pratico. Melhor fora deixar ao juiz não só a faculdade de collocar o réo na casa de correcção, senão também a de dispor (ouvida a autoridade policial) esta pena como pena principal, mas de um modo relativamente indeterminado, quanto á duração. N. do trad. *I r I*/

admissível contra estrangeiros e como pena accessória nos seguintes casos ⁽⁶⁾:

1.º, quando o estrangeiro faz profissão de expiar jogos de azar (C. p., art. 284);

2.º, nos casos dos arts. 39, n. 2 e 362, al. 2.º do O. p., em que a expulsão substitue a vigilância policial ⁽⁷⁾ ou o recolhimento em uma casa de correção.

Os que infringirem estas disposições, voltando ao território federal sem autorização, incorrerão no art. 361, n. 2, do O. p. 0)-

(*) Diferente da expulsão, como medida da polícia concernente a estrangeiro». Cons. v. Orelli, 9.º, 638; v. Martitz, *Internationales Rechtshilfe*, 7; Stork, H. V., 2.º, 644; o mesmo, H. St., 8.º, 67» H v. Bar, *Internat. Privatrecht*, 1.º, 100; Langhard, *Das Recht der politischen Fremdenausweisung mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz*, 1891.

^(T) Portanto com o máximo fixado para esta.

^(b) Segundo o direito alemão, a expulsão do estrangeiro é um efeito da sentença judiciária (nos casos indicados no texto) ou uma medida política, que se considera como exercício da soberania do Estado e ilimitada, enquanto as leis e os tratados não lhe impõem limites. «A expulsão do estrangeiro, diz Kayser, é geralmente admitida e reconhecida em caso de guerra, mesmo em massa. Em tempos de paz porém, a doutrina começa a insurgir-se contra o arbitrio da medida e a reclamar que tenha somente logor por certas determinadas razões, como falta de recursos, crimes praticados ou preparados, desobediência às leis, etc. Mas a praxe política não admite essas limitações e faz depender a expulsão geralmente de razões do bem público. Assim não importa saber se o estrangeiro foi admitido desimpedidamente e se fixou domicílio em um Estado ou se exerce algum comércio ou indústria». Os governos locais podem também expulsar o estrangeiro dos territórios dos respectivos Estados (*liandb. d. Staatswissenschaften*). — Entre nós, a expulsão do estrangeiro como medida política, só pode ser decretada pelo governo da U» e nos casos em que as leis a admitam, atentemos os arts. 48 ns. 72, pr. e § 1 da Const. fed. N. do trad.

§ 66. — VI. Das penas accessorias
concernentes á honra

LITTERATURA. — v. "Wick, *Ehrenstrafen imã Ehren-§
§folgem*, 2." ed., 1853; Wahlberg, *Ehrenfolgen der
gerichtlichen Verurtheilung*, 1864; Zugschwerdt, *Schàrfungen
der Freiheitsstrafe*, 1865; Glaser, *Stuãien zwm. òsterr.
§Mttwurf*, 1870; Grosa, *Ehrenfolgen*, 1874; Mandry,
77;

Köhne, Z., 8.º, 439.

I. — As penas accessorias concernentes á honra não consistem, segundo a legislação imperial, no ^aniquilamento ou na diminuição do bem jurídico, que assim se denomina, mas na privação total ou parcial de certos *direitos cívicos* (*jus syffragii et honorutn, droits civiques*) que a lei designa precisamente.

II. — Privação de todos os direitos civiços.

L Esta pena acarreta :

1.º, a perda dos direitos conferidos por eleições publicas e a de funções publicas, dignidades, títulos, ordens ou condecorações (O. p., art. 33) (*).

2.º, a incapacidade, durante o tempo determinado pela sentença:

- a) para usar o laço nacional; E b) para servir no exercito allemão ou na marinha imperial;
- c) para obter cargos, dignidades, títulos, ordens e condecorações;

(*) Entre as funções publicas se comprehendem as do advogado, procurador judicial, tabellião, jurado e escabino (C. p., art. 81, ai. 2.) Gomo *dignidades* consideram-se também os grãos académicos, quando são reconhecidos pelo Estado. Com razão a lei não incluío a perda da nobreza entre os effeitos concernentes á honra, pois seria isto um aviltamento da condição do condemnndo, segundo o direito de família, e portanto estaria em contradicção com a idéa fundamental da pena moderna sobre a honra. — Sobre os effeitos concernentes á honra de que trata o art. 31 do C. p , vôr o § 58, nota 8.' 'Ai

d) para votar em negócios públicos, ser eleitor! ou eleito, ou para exercer outros direitos políticos ⁽²⁾ ;

e) para ser testemunha em documentos (quando) a validade do documento ou o valor jurídico de umj acto authenticico depender da assistencia de teste*] munhas);

/) para ser tutor ou subtutor, curador, defensor | em juízo, ou membro de um conselho de família, excepto quando se tratar de descendentes do condenado e -a autoridade pupillar ou o conselho de) familia nisso convier (O. p., art. 34).

A incapacidade perdura dois annos no mínimo [e dez annos no máximo, no caso de condemnação) á pena de reclusão temporária, e um anno no| mínimo e cinco annos no máximo, no caso de con-f demnação á pena de encarceramento (C. p., art. 32) J A perda dos direitos cívicos produz o seu effectol desde que a sentença passa em julgado; o tempol da incapacidade conta-se do dia em que a pena de prisão, da qual a incapacidade é pena accessoria, | foi cumprida ou perdoada, ou prescreveu (C. p.,i art. 36).

Regularmente a privação de todos os direitos | cívicos depende do arbítrio do tribunal. A.lei só a prescreveu obrigatoriamente nos casos dos arts. 161 (perjúrio), 181 (lenocínio qualificado), 302 d e e do C. p. (usura por profissão ou habito).

(*) A lei de 81 de Maio de 1869 sobre a eleição dos membroâ 1 do *Meichstag* dispõe no art. 2 n. 4, ai. 2.º: « aquelle que perde o -l pleno goso dos direitos cívicos, em razão de um «crime ou delicto ! politico, recupera o direito de voto, logo que cumpre a pena imposto a ou é perdoado ». Deve-se considerar abolida esta disposição pelo O. p. E' duvidosa a opinião de Laband, 1.º, 290; errónea a de G. Meyer, *Staatsrecht*, 3.» ed., 1891, p. 368; a boa doutrina é defeudidá(~ Homberger, *Begnff des politischen Delikts*, 1893, p. 70

■£ \$V

Os indivíduos condenados á morte ou á reclusão podem ser também condenados á privação dos direitos civicos, independentemente de qualquer outra condição. Os indivíduos, porém, condenados a encarceramento, não podem ser privados desses direitos (C. p., art. 32), senão quando a pena pronunciada for, pelo menos, três mezes de prisão e a lei admittir expressamente a imposição de tal pena aaccessoria, ou quando, em razão da admissão de circunstancias attenuantes, a reclusão for substituída pelo encarceramento.

Os casos em que a lei permite expressamente a perda dos direitos civicos, são os dos arts. 49 a, LOS, 109, 133, 142, 143, 150, 160, 161, 164, 168, 173, 175, 180, 183, 248, 256, 262, 263, 266, 280, 284, 289, 294, 302, 302 a, b, e, 304, 329, 333, 350. I Outros casos encontram-se nas leis aaccessorias.

Na tentativa (C. p., art. 45) a privação dos direitos civicos é admissível ou deve ser imposta, quando é admissível, ou deve ser imposta accesso-riamente á pena do crime consumado (portanto a pena da tentativa, si fôr encarceramento, não deve ser inferior a três mezes). O mesmo procede com relação á *pena colectiva*, quando a privação dos direitos civicos é admissível ou deve ser imposta aaccessoriamente a uma das penas singulares em que o delinquente incorreu (C. p., art. 76).

A pena aaccessoria em 'questão não tem appli-cação aos delinquentes adolescentes (C. p., art. 57, n. 5). — Segundo o art. 46 do C. p. mil., as penas "(concernentes á honra militar podem ser impostas na tentativa, quando são admissíveis ou devem ser impostas aaccessoriamente á pena do crime ou delicto consumado.

III. — Privação (perda) de alguns direitos cívicos.
Cumprê distinguir diversos casos.

1.º — Quando o juiz condemna a uma pena de

encarceramento, a que poderia ligar (mas não o fez) a privação dos direitos civis, lhe é permitido decretar a incapacidade do delinquente para exercer funções públicas pelo tempo de um até cinco annos. I A privação da aptidão para exercer funções públicas acarreta de pleno direito a perda perpetua das funções de que o delinquente se ache investido] (C. p., art. 35). 4

2.º — A perda perpetua das funções de que o condemnado esteja investido e dos direitos que lhe tenham sido conferidos por eleições públicas pode ser decretada nos casos dos arts. 81, 83, 84, 87 a 91, 94 e 95 do C. p. e do art. 7.º da lei de 3 de Julho de 1893, sobre a espionagem. Segundo este ultimo] art. e o art. 95 do C. p., a pena principal é encarceramento, e nos demais casos é prisão em forte leza, á qual se pode então ligar excepcionalmente uma restricção dos direitos civis.

3.º — Segundo os arts. 128, 129 e 358 do C. p., a perda da capacidade para exercer funções públicas pode ser decretada pelo tempo de um até cinco annos (vêr a parte especial).

Tem também aqui applicação o que dissemos acima sob o n. II, com relação a epocha em que começa a incapacidade temporária do condemnado.

IV. — Si um allemão fôr punido no estrangeiro por um crime ou delicto que, segundo as leis do Imperio da Allemanha, tenha ou possa ter por consequencia a perda de todos ou de alguns direitos civis, é admissível um novo processo para o fim de ser pronunciada a dita pena contra o réo reconhecido culpado mediante esse processo (C. p., art. 37; acima p. 166) (8).

(8) A palavra *punição* comprehende, além do cumprimento, a prescripção e a remissão da pena. — A recuperação dos direitos civis (rehabilitação) não é regulada pela lei e pois só se pode operar

aç7

APPENSO

§ 67. — Da composição ou multa privada

LITTERATURA. — v. Wäohter, *Die Bitsse*, 1874 ; Dochow, *Die-Busse*, 1875; v. Weinrich, *DieHaftpflicht*, 1883, p. 132; Mandry, 425, Glaser, 2.º, 13; Hilse, GA., 36.º, 26; Kronecker, G A., 279, 97, Reinhardt, *Geldstrafe imd§ Busse*, 1890; Merklingshaus, *Die Busse im deutschen Meiehs-itrafrecht*, dias., 1891*

I. — Applicabilidade. Encontra-se a multa privada tanto no C. p. como nas leis accessorias. Os casos em que ella pode ser pronunciada são os previstos nos seguintes arts.:

1.º art. 188 do C. p., diffamação e calumnia (arts. 186 a 187), quando a offensa prejudica o of-iendido na sua fortuna, na sua industria ou na sua carreira; máximo, 6.000 marcos;— 2.º, art. 231 do C. p., em todos os casos de offensa physioa; máximo, 6.000 maroos;—3.º arts. 18, 43 e 45 da lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção; tem cabimento tanto na contrafacção dolosa como na culposa; máximo, 6.000 marcos;—4.º, art. 16 da lai de 9 de Janeiro, art. 9 da lei de IP de janeiro e art 14 da lei de 1] '?& Janeiro, todas de 1Ç76 sobre os direitos de autor (como no caso sob o n. 3); — 5º, art. 15 da lei de 30 de Novembro de 1874 sobre marcas de fabrica j, máximo, 5.000 maroos;—6.º art. 36 da lei de 7 de Abril de 1891 sobre patentes de invenção; máximo, 10.000 marcos; — 7.º, art. 11 da lei de 1 de Junho de 1891 sobre modelos de utili-

por **via** de graça. Não assim d'antes em alguns Estados da Allemanha (lei bavara de 10 de Julho de 1861), na maior parte **dos** paizes estrangeiros e também segundo o direito penal **militar** allemão. Oons. He-cker, p. 69). >£-j

Cod. civ. propõe novas applicações, cons. sobre isi *M v. Liszt, Grenzgebiete*, 31; — 9.º, a legislação locil pode, nas materias de sua competência, admittir a multa privada, e assim o faz, por exemplo, a lei florestal para a Alsacia-Lorena de 9 de Julho de 1888, art. 75.

A multa privada só pode ser pronunciada a re*. i querimento do offendido no processo penal (C.cjdo pr. p., arts. 443 a 446); é paga ao offendido; um*£ vez pronunciada, impede que o offendido levante, | qualquer outra pretensão á indemnisação; os eon< demnados a pagal-a respondem solidariamente (com- 1 quanto o art. 138 do C. p. não o diga expressa mente) ; não pode ser arbitrada uma somma superio; j áquella que foi pedida (C. do pr. p., art. 445) i oj herdeiros do offendido não podem iniciar o pedid) | nem promover o pedido já feito (C. do pr. p^, art. 444, ai. 4.^a); é cobrada segundo as regras do processo civil (art. 495).

II. — E' questão muito discutida a de saber qual a natureza da multa privada. Ora ella é oo siderada como pena, ora como indemnisação, ora como um instituto mixto que se compõe da pena e da indemnisação. -Si tivermos em attenção que. a reparação de prejuizos patrimonosães não esgota a idéa da indemnisação — porquanto esta comprehende também a *satisfação* devida ao offendido pela invasão que soffreu na sua esphera jurídica, não poderemos levantar duvidas sobre a concepção de que a multa privada não passa de mera *indemnisação* ou melhor de mera *satisfação* (*). Esta concepção' não obsta *|

(*) De accordo no essencial a maior parte dos escriptores (quanto ás mais da vezes restrictamente á indemnisação do **damno** patrimonial). Além do proj. do Cod. cUr., as dec, do Trib. do Imp. àtt^ 22 de Maio de 84, 12.», 224, 7 de Março de 87, 16.º, 352 (multa **por**

que o direito á multa seja eminentemente pessoal, só caiba ao offendido e não aos seus herdeiros. As 'eis accessorias confirmam plenamente esta idéa («em 7ez da indemnisação pode ser pronunciada a multa privada»). Collocando-nos neste ponto de vista, podemos resolver a maior parte das questões que a multa privada suscita. Assim a prova de um prejuízo patrimonial ou mesmo a existência de um prejuízo desta natureza não é condição necessaria para que se origine o direito do offendido á multa; assim, 10 caso de concurso ideal de infracções, a multa pode ser pronunciada, comquanto a lei que a autoriza seja mais branda e como tal não deva ser tomada em consideração na determinação da pena ; assim o direito á multa prescreve segundo os princípios do direito civil, embora seja de facto impossível ao offendido fazel-a valer no processo penal em razão da prescrição do crime ⁽²⁾; assim finalmente o perdão não affecta a multa pronunciada, ao passo que a amnistia ou abolição do processo penal" (§ 75, II) também impede de facto que o offendido possa fazer effectivo o seu direito ^(a).

perda da faculdade genital) e 9 de Março de 86, i7.º, 190. Consideram a multa como pena privada Reber, Flesca, Wahlberg e especialmente Heinze, ao passo que v. Wächter, Schutze, v. Schwartze, Stoos, Merkel, 235, Merklinghaus, 6, distinguem dois elementos na multa, um civil e outro penal. v. Weinrich a considera como *accomo-dação obrigada*. Litt. em Reinhardt.

⁽²⁾ Egualmente Dochow, H. H., 3.º 276, Köhler, *Patentrecht*, 667, Lõning, 84, v. Meyer, 429; *contra*, Binding, 1.º, 854, Hälschner, 1.º, 704, Olshausen, § 70, 6.

(») A *busse* ou multa privada é uma instituição peculiar ao direito allemão. Nos casos previstos pelas leis acima citadas pode ser mposta ao delinquente, além da pena em que incorreu, uma multa {destinada ao offendido, e cujo máximo as mesmas leis fixam. A multa deve ser pedida pelo offendido, que para este fim figurará no processo

como accusador por intervenção (art. 443 do O. do pr. ali.). Si são diversos os réos, todos respondem solidariamente. Pronunciada a multa, o offendido não pode levantar, mesmo perante os tribunaes civis, qualquer outra pretensão á indemnisação. Depois que a sentença transita em julgado, o direito á multa pôde ser herdado. — São diversos os princípios que regulam o direito á reparação do damno, e esta, segundo o direito aliem ao, deve ser pedida por acção oivil. Por outro lado a multa privada differe da multa propriamente dita em que pertence ao ; offendido e, quando incobavel, não pode ser convertida em pena do prisão. — As opiniões sobre o character jurídico da multa privada clas-siflcam-se em três grupos: 1? uns (Oppenhoff, Rubo, Flesch) a consideram como pena privada, 2? outros (v. Wächter, v. Sohv/artJ», Herzog, Merkel) como pena privada e ao mesmo tempo como indemnisação, e 3? outros como mera indemnisação (Dochow, DernbergJ Kóhler, Stobbe), opinião esta que tende a predominar. «A multa pri* vada, diz Kóhler, é somente indemnisação ; não mera indemnisação de um damno patrimonial, senão também reparação do damno physico ou psychico soffrido pelo offendido ». E' também este o ponto de vist^i do autor. Vêr Dochow, H R., l.º, 444, Stobbe, *Handb.*, 3.º, § 20Q. N. do trad.

III. — A MEDIDA DA PENA NA LEI E NA SENTENÇA

§ 68.—Da graduação judiciaria da pena

LITTERATUEA. — Merkel, H H., 2.º, 545, 4.º, 207 ; Wahlberg, *Da» Prinzip der Individualisierung*, 1869; *Kl. Schriften*, 3.º, 557 ; Medem, Z., 7.º, 135; G 8., 4.º, 173; T. Holtzendorff, H G., 1.º, 432; HaJschner, 1.º, 634; Durchholtz e Sorof, G A., 35.º, 261, 286 ; Saio ter, G A., 35.º, 381; Finger, *Der objeJctive Thatbestanã ais Strafzwmesswngsgrunã*, 1888.

I. — E' da natureza do direito publico de punir, como limitação imposta pelo poder publico illimitado em si mesmo (§ 1, nota 1.*), que a lei penal determine não só a *condição* da pena (o facto qualificado crime), senão também o que a pena comprehende sob o ponto de vista da *qualidade* e da *quantidade*.

A historia nos ensina que essa determinação estabelecida a principio pela lei de um modo definitivo, absoluto, só no decurso do desenvolvimento foi abrindo espaço á graduação da pena pelo juiz. Assim, tanto a legislação das 12 taboas, como a do tempo das *Quosstiones perpetue* não admittiam outra alternativa, que não a imposição ou a não imposição da pena inalteravelmente fixada pela lei; foi no período imperial que, com ampliar-se a idéa da *extraordinária cognitio*, se conferio ao **juiz** a attri-

buição de graduar a pena, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Na idade média alemã e até onde alcança o] direito estatuído, também só se encontram cominações absolutas, mas suppridas pelo «julgar segundo graça»^(a). Em substância, outro tanto pôde-se dizer da Carolina. * A graduação judiciária da pena só tomou importância no direito *commum* posterior em razão de ir-se alargando mais e mais o campo das penas arbitrárias e de aparecerem novas penas em lugar das que tinham sido cominadas pela Carolina; mas como faltavam regras dadas pela lei para a determinação da pena, bem como princípios científicos relativos ao modo de gradual-as, a administração da justiça decahou em um arbítrio sem limites. A doutrina oposta foi defendida em todo o seu rigor pelos escriptores do período filosófico que não recuavam ante nenhuma das consequências da sua intuição (acima, p. 133; principalmente o-§ Cod. penal francez de 1791): queriam o juiz adstricto á letra da lei. Desta luta sahio o systema que domina na legislação do século XIX, isto é, o systema das cominações penaes, relativamente determinadas, 9 da escala penal, que se desenvolve entre um mínimo e um máximo de pena.

II. — Na legislação imperial o numero ~ê~ importância das cominações *absolutas* são secundárias: encontram-se somente nos casos em que tem applicação a pena de morte (§ 60, II; não assim segundo os arts. 58, 60, 63, 95, 97, 133 e 141 do

(•) Do antigo direito de resgatar a pena resultou na idade média um direito de graça judiciária, admitido sob a condição de que o culpado, confessando voluntariamente o delicto, se entregasse! já mercê da justiça. Brunner, H E., § 17; v. Bar, *Handb.*, 2 39. N. do trad.

"5. p. mil.) e a multa, quando esta deve ser calculada como múltiplo ou fracção de uma determinada quantia (§ 63, III).

Também na legislação imperial domina o sistema da escala penal ou das cominações penais *relativamente determinadas*.

Essa relatividade pôde consistir:

1.º, em que o legislador, fixando o máximo e o mínimo de um género de pena, deixa livre a escolha ao juiz dentro desses limites. Neste caso não devem ser tomados em consideração somente o máximo e o mínimo estabelecidos pela lei, senão também os graus intermediários que se determinam segundo o modo do calculo, e especialmente nas penas de prisão, segundo a unidade que a este serve de base (§ 62, H, 3). Assim « a reclusão até 15 annos » comprehende 169 graus ; « o encarceramento até cinco annos » pôde ter 1826 graus (anno bissexto); « a prisão em fortaleza até 15 annos » 5478 graus, « a detenção até 6 semanas » 12 graus ^(b). ' -3

2.º Em que o legislador deixa livre ao juiz a escolha entre dous ou mais géneros de penas (também limitadas por um máximo e um mínimo). Assim, por exemplo, o art. 185 do C. p. comina multa até 600 marcos ou detenção ou encarceramento. Disposição semelhante encontra-se nos arts. 2 e 3 da lei sobre a publicidade dos debates judiciários. O art. 21 da lei sobre a imprensa permite mesmo que o juiz escolha entre quatro géneros de penas (multa, detenção, prisão em fortaleza e encar-

^(b) Sendo o mínimo na pena de reclusão um anno, a totalidade dos graus vem a ser $14 \times 12 - 1 = 169$. Sendo o mínimo na pena de encarceramento um dia, tem-se para a totalidade dos graus $865 \times 5 - 1$ (anno bissexto) = 1826. Com relação á prisão em fortaleza, o calculo será $365 \times 16 - 3$ (annos bissextos) = 5478. N. do trad. Zé &

ceramento). Em taes casos o juiz deve applicar aos delictos menos graves a pena mais leve, e podendo escolher entre a reclusão e a prisão em fortaleza (*), só deve preferir aquella, quando verificar que o agente se deixou levar por motivos ignóbeis (C. p., art. 20).

3.º Em que muitas vezes a lei deixa ao arbítrio do juiz applicar uma ou duas penas principaes, ou ainda applicar com a pena principal uma acces-f soria.

III. — Dentro dos limites legaes o juiz tem de medir a pena applicavel ao crime individualmente dado; tem de resolver *in concreto* o problema que o legislador resolveu *in abstracto* (²).

Esta determinação da pena dentro dos limites legaes é o que se chama *gradação da pena*. As circumstancias pelas quaes se guia o juiz em tal operação chamam-se *aggravantes* ou *attenuantes*. í

IV. — Ainda que o legislador estabeleça 'a escala penal applicavel a um certo crime com bastante amplitude e de modo a permittir que seja levada em conta a maior ou menor gravidade dos casos occurrentes, podem dar-se casos excepcionaesjj em relação aos q-iaes a esoala penal ordinária pareçaJ muito estreita e em que, portanto, conviria elevar] a pena além do máximo ou reduzil-a a proporçõflfl inferiores ao minimo. Para taes casos a lei estabelece] *gradações especiaes*, quer para mais, quer para menos* Costunia-se então dizer, mas com pouca exactidão, que se dá *modificação da pena* (como si se tratasse de um acto judiciário e não de um acto legislativo) I

(¹) Como nos casos dos arts. 82 a 86, 88, 89, 94, 96, 98, 100, 105 a 106 do C. p.; C. p. mil., arts. 2 e 62.

(*) O juiz deve achar a equação entre a culpa e a pena. Na não solução deste problema está o defeito capital da nossa actual administração da justiça.

e que essa modificação se distingue em *aggravação* e em *attenuação* (°).

V. — A inapplicabilidade, por considerações de «facto ou de direito, de certos géneros de pena, que considerados em si são susceptíveis de applicação, dá logar á *conversão*; o concurso de sentenças anteriores com sentenças que posteriormente tenham de ser proferidas na mesma causa, ou o concurso da pena a applicar com outros males que o delinquente já sofrera, dá logar á *imputação de pena*. Devem ser finalmente tomadas em consideração as disposições que o legislador estabeleceu relativas ao *concurso de crimes ou delictos*.

§ 69.—Modificação da pena.—I. Aggravação

LITTERATTJRA. — Em geral Lippman. *BjMoriseh-ãog-matisehe DarsteUung der Lehre von der richterliehen Straf-ânânerungsbefugniss*, 1863; Hiiekel, *Der Begriff Strafânâerwng imã das St. G. B. für das Deutsche Reich*, contribuição] para a historia do desenvolvimento do direito penal al-| lemao, 1893. — Sobre a reincidencia, vêr o § 14, nota 7.^a.

A amplitude da escala penal ordinária fixada pelo legislador permite-lhe limitar a um circulo relativamente pequeno a applicação de escalas espe-ciaes superiores. O C. p. imp. não reconhece causas

(») Segundo a technologia allemã, *Strafzumessungsgründe* ou circumstandas *gradativas* são as que determinam a graduação da pena nos limites da escala penal, e se distinguem em *aggravantes* e *attenu-antes* (*Strafmehrungs-* e *Strafminderungsgründe*). As *Strafänderungs-gründe* ou circumstancias *modificativas* da pena são as que permitem ultrapassar o máximo ou descer abaixo do minimo da escala ordinária, ou mesmo a applicação de um outro género de pena em virtude de disposições especiaes de lei, e se distinguem em causas de *aggravação* e em causas de *attenuação* (*Strafschârfungs-* e *StrafmMerungtgrimde*). N. do trad. *Hb I*

geraes de aggravação (não assim o C. p. mil., arts. 53 e 55). Com relação a *alguns crimes* são tomadas como aggravantes a pratica do crime como *prqfissão*§ ou por *habito* (§ 55, nota 5.^a), *em commum* ou de] *publico*, com *emprego de armas*, com offensa de um *ascendente*, o facto de ser o agente *cabeça* ou de de-terminar-se por amor do *lucro*, a superveniencia de um *resultado grave* (§ 35, nota 6.^a) e outras. Também a *reincidencia* só a respeito de alguns crimes é aproveitada como causa de aggravação. Basta-nos pois fazer referencia á parte especial.

A reincidencia, que tanto no direito romano como no direito allemão da edade média e na Carolina (arts. 161 e 162) era apenas reconhecida como aggravante em alguns crimes, e especialmente no furto (o *ter furatus* equiparava-se ao *grassator*),§ desenvolveu-se e tornou-se uma circumstancia geral no direito commum, cujo fundamento se encontra na doutrina dos Italianos sobre a *consuetudo delin-§ quendi* e a *iteratio delicti*.

A pouco e pouco foram definidas com mais precisão e discriminadas de um modo mais exacto as] idéas de reincidencia, habito e concurso de crimes. A maior parte dos cod. dos Estados da Allemanha publicados neste século — e também o prussiano — admittiram a reincidencia como causa geral de aggravação, mas em particularidades divergiam muito entre si. A legislação estrangeira varia:

A legislação imperial toma a reincidencia em consideração somente nos casos seguintes: em primeiro logar n. C. p. mesmo, nos arts. 244 e 245] (furto), 250, n. 5 (roubo), 261 (receptação) e 264 (burla). Cons. também o art. 362, ai. 2.§ B depois em algumas leis accessorias e principalmente nas aduaneiras e fiscaes. Taes são a lei de 12 de Outubro de 1867 sobre o imposto do sal, art. 12, a leij do 1 de Julho de 1869 sobre a união aduaneira,

arts. 140 a 143, a lei postal de 28 de Outubro de 1871, art. 28, a lei de 31 de Maio de 1872 sobre cervejarias, arts. 33 e 34, a lei de 16 de Julho de 1879 sobre o imposto do fumo, arts. 37 a 39, a lei de 29 de Maio de 1885 sobre o sello, art. 19, a lei de 24 de Junho de 1887 concernente ao imposto sobre o álcool, art. 23, a lei de 12 de Julho de 1887 sobre a margarina, art. 5.º, a lei de 31 de Maio de 1891 sobre o imposto do assucar, art. 48 (não assim a lei de 11 de Junho de 1870, art. 23, sobre a contrafacção). A estas disposições accrescem as do C. p. mil., arts. 13, 70, 71, 114 e 122 (^a).

(^a) Os cod. modernos tratam a reincidencia ora como uma causa geral, ora como uma causa especial de aggravação. Adoptara o primeiro systema o cod. francez, o belga, o portuguez, e o segundo o austríaco, o sueco, o hespanhol, o allemão; o italiano adopta ambos. Comquanto a reincidencia, segundo o cod. allemão, seja somente uma causa de aggravação nos casos especialmente previstos, nada obsta que o juiz a tome em consideração na graduação da pena *ordinária*. — E' objecto de controvérsia entre os criminalistas allemães si a reincidencia propriamente dita (em delicto idêntico ou homogêneo) deve ser tratada pelo legislador como causa de aggravação. Fronunciam-se pela afirmativa v. "Wächter, Beruer, Hälschner e Olshausen, e em sentido contrario John, H. Meyer, Schütze, Merkel. Este ultimo tira argumento justamente da fraqueza mental, da falta de estímulos e da pequena força de resistência contra as tentações do crime por parte dos individuos, que constituem o grosso dos delinquentes, para afirmar que em these a reincidencia não se caracteriza como um augmento de culpa. « Falar em maior culpa, diz elle, em face da decadência da força pessoal e da liberdade de taes individuos não tem sentido razoável ». O que cumpre é, de um lado, afeiçoar a execução da pena de modo que ella possa modificar as disposições do criminoso e, de outro lado, adoptar medidas de character policial que se liguem á pena accomodada á culpa concreta ou mesmo que, conforme as circumstancias, a substituam (*Lehrb.*, p. 258). Seguindo a mesma ordem de idéas, G-eyer pondera que «o cumprimento- de uma grave pena de prisão actua muitas vezes como circumstancia attenuante: a deca-

| 70.—Modificação da pena.—II. Atenuação

LITTERATURA. — Morris, *Geschichte und System der Strafrechtlichen Umstände im deutschen Strafprozeß*, § 1887; GÖtze, *Die mildernden Umstände*, diss., 1893.

I. — As causas geraes de atenuação que a legislação imperial admitte *Q*) são: 1.º a adolescência,) 2.º a tentativa e 3.º a cumplicidade por assistencia.

1.º—Com. relação á adolescência (§ 36, I), o C. p. prescreve as seguintes atenuações ⁽²⁾:

a) si a pena comminada contra o crime é morte ou reclusão perpetua, a escala penal fica reduzida a encarceramento de três até quinze annos;

b) si a pena é detenção perpetua em fortaleza, j a escala fica reduzida á detenção em fortaleza de três a quinze annos;

c) em todos os outros casos a pena a applicar não poderá ser inferior ao minimo nem elevar-se acima da metade do máximo fixado pela lei. Esta regra observa-se também nos casos (§ 63, III) em que a multa, applicavel ao adulto, deve ser calculada como múltiplo de uma determinada quantia,

detecia moral, a fraqueza da vontade, a difficuldade de uma carreira honrosa são as suas consequências e conduzem ao crime» (H. R., 3.º, | 489). — Em dois pontos estas opiniões estão de accordo com as intuições da escola experimental: 1.º, a reincidencia pede a attenção da justiça mais para o criminoso do que para o crime; 2.º, é indeclinavel a necessidade de medidas tendentes a pôr os recidivistas endurecidos em estado de não prejudicar (vêr o proj. suiso, art. 41 e o respectivo commentario). N. do trad.

(>) Sob esta relação a legislação imperial não liga a legislação estadual no campo que a esta é reservado.

⁽²⁾ Quando a lei admitte circumstancias attenuantes em relação ao crime de que se trata, estas devem ser primeiramente decididas para proceder-se então á redacção da escala penal. Dec. do Trib. do Imp. de 20 de Março de 82, 6.º, 98.

de sorte que n'esta parte regula o mínimo fixado no Art. 27 do C. p. A reclusão é substituída por encarceramento de igual duração;

d) si se trata de um delicto ou de uma contravenção, o tribunal pôde applicar nos casos menos graves, a reprehensão;

e) o juiz não pôde applicar a pena de privação de todos os direitos cívicos ou de alguns d'esses direitos nem autorisar a sujeição do condemnado á vigilância policial.

2.º — Com relação á tentativa, o art. 44 do C. p. dispõe:

Si o crime consumado for punido com a pena de morte ou de reclusão perpetua, a tentativa será punida com a de três annos de reclusão no minimo, e o condemnado poderá, além d'isto, ser posto sob a vigilância policial. A pena de prisão perpetua em fortaleza será substituída por pena da mesma natureza não inferior a três annos. Nos outros casos a pena poderá ser reduzida ao quarto do minimo da pena de prisão ou de multa applicavel ao crime ou delicto consumado. Si, em virtude d'esta disposição, a reclusão ficar reduzida a menos de um anno, converter-se-ha esta pena na de encarceramento nos termos do art. 21.

Quando a pena do crime ou do delicto consumado acarreta ou pôde acarretar a perda dos direitos cívicos ou a sujeição á vigilância policial essas penas accessorias são igualmente applicaveis á tentativa (C. p., art. 45).

Si um adolescente se faz culpado de tentativa, a pena é primeiramente reduzida, nos termos do art. 44 e depois nos termos do art. 57 do C. p. (³).

(*) A escala penal, cujo minimo fôr um anno de reclusão, dá um dia de encarceramento para a tentativa do adolescente. De accordo quanto ao resultado Geyer, 1.º, 174, v. Meyer, 466, Olshausen, § 67, 9. O mesmo procede quanto á cumplicidade do adolescente. "2 é,,

3.º—A pena do cúmplice auxiliar determina-se segundo a lei applicavel á acção principal, a que o cúmplice prestou scientemente assistencia, mas deve! ser reduzida segundo as regras relativas ás penas da tentativa (C. p., art. 49). Tem também applicação á cumplicidade o art. 45 do C. p. Si se der cumplicidade em tentativa, cabe uma dupla reducção de pena; mas no caso de cumplicidade cabe uma única reducção (§ 52, nota 7.^a).

II.— Além d'estas circumstancias geraes, encontramos uma série de causas especiaes de atenuação que concernem a certas infracções. Taes são, no homicídio, a *provocação* resultante de violências ou offensas graves praticadas pelo adversário, art. 2131 do C. p.; na injuria e na offensa physica a *excitação* causada pelo ataque da parte contraria, art. 192 e 232 do C. p.; no perjúrio os casos dos arts. 157 e 158 do mesmo Cod., etc. (⁴). Releva especialmente notar que o legislador imperial, seguindo o exemplo da Prússia e apesar de viva contradicção por parte da sciencia allemã (⁵), adoptou a instituição franceza das *circumstancias attenuantes* occasionada n'aquelle paiz pela severidade das penas comminadas no respectivo Cod. penal e ali muitas vezes regulada por lei (principalmente pela lei de 28 de Abril de 1832). Assim o legislador imperial admittio com relação a certas infracções no caso de

(*) Ver a parte especial. Quando as circumstancias attenuantes dos arts. 157 e 158 aproveitam ao adolescente, deve-se reduzir primeiramente a escala ordinária nos termos do art. 57, e assim determinada a *pena incorrida* moderar-a então nos termos dos arts. 157 e 158. Divergem a dec. do Trib. do **Imp.** de 22 de Nov. de 83, 9.º 245, v. Meyer, 456, e Olshausen, § 167, 4.

(⁵) Contra esta instituição pronunciam-se entre outros Geib, Köstlin, Häberlin, Schütze, v. "Wächter, John, Merkel, Hälschner, Geyer, **Morris**, Götze. Em sentido contrario Berner, 278, v. Meyer, 467.

ocorrerem circunstâncias atenuantes — as quaes devem ser verificadas no processo perante o jury e mediante interrogação dos jurados (C. do pr. p., art. 297)— uma escala penal especial e inferior á ordinária. As mais das vezes manda positivamente que o juiz, quando taes circunstâncias ocorreram, faça uso d'essa escala especial; em outros casos porém (arts. 187, 246, 263, 333 e 340 do C. p., não quanto ao art. 288), embora verifique-se a existência de circunstâncias atenuantes, deixa ao juiz a faculdade de escolher entre a escala ordinária e a especial.

As «circunstâncias atenuantes», que o legislador não individualizou, podem resultar não só do facto mesmo, como do procedimento anterior ou posterior do agente. N'isto está a diferença entre ellas e os «casos menos graves» de que tratam os arts. 57, n. 4, 94 e 96 do C. p. (^a). ã

U (•) Como ainda nos crimes graves o mínimo da pena fixado pela lei pode ser arbitrário e parecer muito rigoroso em relação á culpa do delinquente em casos dados e em razão de circunstâncias extraordinárias, a lei, para obviar este mal, tem a escolher uma d'estas alternativas, não fixar o mínimo da pena (*systema hollandez*) ou autorisar o juiz a reduzir a pena descendo abaixo da medida ordinária (*systema francez*). Este ultimo *systema de circumstancias attenuantes*, não definidas nem limitadas, já existente em gérmen no C. p. francez de 1810, foi desenvolvido pelas leis francezas de 25 de Junho de 1825 e 28 de Abril de 1832; é em substancia o mesmo adoptado pelo C. p. ali. Nos casos ordinários o juiz gradua a pena nos limites da escala ordinária; nos crimes em que a lei admite o reconhecimento de circunstâncias atenuantes, estas habilitam o juiz a fazer uso de uma escala reduzida ou mesmo a impor um outro género de pena. Em que se distinguem as circunstâncias que influem para a redacção da pena nos casos ordinários das circunstâncias atenuantes que permitem transpor o mínimo legal / E' impossível dizer-o, visto como umas e outras são illimitadas. Merkel observa que não ha divergência de opinião sobre a necessidade¹ de um *direito extraordinário de attenuação* em face da escala penal

§ 71. — Da conversão

Conversão é a substituição de um gênero de pena por outro. Faz-se mister, quando razões de facto ou de direito tornam impossível a aplicação do gênero de pena de que se trata. A legislação imperial a prescreve nos seguintes casos:

I. — A multa iacobravel converte-se em pena de prisão (C. p., arts. 28, 29 e 78; O. do pr. p.J arts. 491 e 495).

Segundo o art. 28 do C. p., a multa é substituída :

1.º, regularmente pelo encarceramento;

2.º, pela detenção nas contravenções, bem como (a arbítrio do juiz) nos delictos, quando o facto delictuoso é punido somente com multa, ou com a multa como pena principal ou alternativamente com a de detenção, uma vez que a multa imposta não exceda a 600 marcos e a pena de detenção que a substitue não vá além de seis semanas;

3.º, pela reclusão. Quando a multa é imposta conjunctamente com a pena de reclusão, o encarceramento que a substitue deve ser convertido em reclusão.

Medida da conversão. Nas multas impostas em razão de um crime ou delicto, qualquer importância

ordinária; mas critica o sistema do C. ali. por não ter especificado as circunstancias attenuantes que justificam essa atenuação extraordinária (II EL, 2, 547).—O sistema do nosso direito com os seus graus de penas precisamente tarifadas, o seu mínimo legal que em caso algum pode ser transposto, a* suas attenuantes definidas e limitadas, as suas regras] sobre o concurso e a compensação de attenuantes e agravantes, é um mecanismo que se pretende justificar porque coarctar o arbítrio do juiz, embora na pratica possa conduzir a resultados absolutamente incompativeis com o sentimento da justiça. N. do trad.

entre 3 e 15 marcos pode equivaler a. um dia de prisão; nas multas impostas em razão de uma contravenção, qualquer importância entre 1 a 15 marcos pode equivaler ao mesmo tempo de prisão.

Limites da pena de prisão que substitue a multa. O mínimo é um dia de prisão; o máximo seis semanas quanto á detenção e um anno quanto ao encarceramento. No caso do concurso de infracções (§ 73), o máximo eleva-se a dois annos de encarceramento ou a três mezes de detenção (C. p., art. 78, ai. 2.º). Quando a lei commina alternativamente multa e uma pena de prisão (ou quando oc-correm circunstancias attenuantes) e o máximo desta ultima pena é inferior ao acima fixado, a pena substitutiva da multa não pode exceder o máximo da pena de prisão comminada (C. p., art. 29, ult. ai.)

O condemnado pode obter a sua soltura, pagando a multa até a concurrencia da quantia que não tiver ainda sido resgatada pela pena de prisão (C. p., art. 28, ai. 4).

Não raro encontram-se nas leis accessorias disposições que se afastam destas regras. Ora não admittem em parte a conversão da multa em pena de prisão (lei de 10 de Junho de 1869 sobre o sello de letra, art. 15, lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção, art. 24, lei de 29 de Maio do 1885 sobre o sello, art. 36); ora adoptam uma outra medida para a conversão (lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção, art. 81, ai. 3.^a, as leis aduaneiras, e fiscaes, etc.) Também o género da pena de prisão que deve substituir a multa é muitas vezes determinado de outro modo (lei sobre a industria, art. 146 — sempre encarceramento, e art. 147 — sempre detenção). Ora, o máximo da pena de prisão substitutiva é especialmente determinado, como mostra o art. 60 da lei de 31 de Maio de 1891 sobre o imposto do assucar. No mesmo caso estão

os arts. 50, 69, 77 do C. do pr. p., e os arts. 345 a 355 e 374 do C. do pr. civ. (^a).

II. — A conversão de uma pena de prisão em outra pode ser necessária por causas diversas.

1.º — Sendo o mínimo legal da pena de reclusão um anno, a conversão da reclusão em encarceramento! faz-se necessária, quando nos casos dos arts. 44, 49, 157 e 158 do C. p., em razão da applicação da escala especial, a pena de reclusão desce abaixo de um anno.

Quando forma-se a pena collectiva nos termos do art. 74, accrescentando-se á pena de reclusão as demais penas reduzidas (§ 73), as penas de encarceramento são convertidas em reclusão.

3.º — Quando é pronunciada a pena de reclusão conjunctamente com uma multa, a pena de encarceramento substitutiva desta deve ser convertida em reclusão.

A medida da conversão em todos estes três casos é a seguinte (C. p. art. 21) : oito mezes de reclusão equivalem a um anno de encarceramento; j oito mezes de encarceramento equivalem a um anno de prisão em fortaleza.

III. — Excepcionalmente encontra-se ainda 'a conversão do confisco em multa. Vêr por ex. o art. 4 da lei de 29 de Julho de 1884 (⁴).

(*) A multa é cobrada, quando o réo não a paga voluntariamente, segundo as disposições concernentes á execução das sentenças civis. No caso de insolvabilidade dá-se a conversão em prisão. Si a pena substitutiva da multa já não estiver determinada na sentença, o tribunal de 1ª instancia pronunciará a conversão (vêr os arts. 491, 494, 495 do C. do pr. p. e o art. 644 do C. da pr. c. da Ali.) N. do trad.

(⁴) O confisco obtém assim, de facto, o character de pena que juridicamente não tem (g 58, nota 4*). Não estão no mesmo caso as disposições (por ex., O. p. art. 855, lei sobre a imprensa, art. 16), segundo as quaes pode ser decretado, em vez do confisco, o pagamento do valor do objecto sujeito a confisco.



§ 72. — Da computação na pena incorrida

LITTERATURA. — Quanto ao n. III, Geyer, G S., 26.º, 321; Kronnecker, G S., 41.º, 102; Hess, *Die Ehre und die Beleidigung* des § 185, 1891 (appenso); Beling, *Betorsion und Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen*, 1.ª parte, desenvolvimento historico até o século XVII, 1893.

A computação pôde ter logar nos seguintes casos :

I. — A *prisão preventiva* pode ser considerada como cumprimento de pena e, por ocasião do julgamento, ser computada, no todo ou em parte, na pena pronunciada (esta deve ser declarada na sua integridade na sentença). — C. p., art. 60. A computação é admissivel nas penas de prisão e de multa, não na de reprehensão ou de morte, nem também nas penas accessorias ('). O resultado da computação pôde ser que o resto da pena pronunciada desça abaixo do minimo do género de pena de que se trata; neste caso não tem logar a conversão.

II. — A pena executada no estrangeiro, si sobrevier nova condemnação pelo mesmo facto no território do Imperio da Allemanha, deve ser computada na pena que fôr pronunciada (C. p., art. 7, comp. com os arts. 3 e 4). O que se disse acima sobre o resultado da computação e os casos em que ella é admissivel tem também applicação a esta segunda hypothese.

(') Berner, 285, v. Meyer, 474, Olshauson, § 60, 8.º, admittem a computação nas penas accessorias, e Berner, 285 e v. Meyer também na reprehensão. A computação no confisco é inadmissivel, porque este não é pena (g 58, nota 4). — Não é necessário que a prisão preventiva não tenha sido devida á culpa. 2.» £

III. — Retorsão ou compensação ⁽²⁾, C. p.J art. 199 e 233. Quando o offendido responde a ofensas físicas leves com outras tais, ou a injúrias com ofensas físicas leves, ou a estas com aquelas, em acto continuo (isto é, enquanto dura a emoção causada pelo insulto), o juiz pôde em relação a ambos os accusados ou em relação a um delles, pronunciar uma pena mais branda, quanto ao género ou quanto ao gráo, ou ainda isentar de pena ambos ou somente um delles. Quando a injúria recebida é respondida em acto continuo com outra injúria (C. p., art. 199), não é permittido ao juiz moderar a pena, mas pôde declarar isentos de pena ambos os offensores ou somente um delles.

Trata-se nesta parte de uma ampliação das faculdades conferidas ao juiz na graduação da pena, ampliação que vae até o ponto de permittir-se a conversão da pena e mesmo a isenção delia. O juiz deve estar habilitado a apreciar plenamente, de um lado, a excitação produzida no individuo aggreddido em primeiro logar, e de outro, o facto de se ter elle já desaffrontado. Isto mostra que o exercicio da attribuição conferida ao juiz pelos arts. 199 e 233 presuppõe acções puniveis da parte de ambos os contendores; portanto, si o caso é de *absolvição*, ainda que somente de uma das partes,

(*) A idade média allemã não ignorou a compensação, mas foi a sciencia da Itália medieval que a desenvolveu. Lõning, Z., 5.º, 673, Gúnther, *Wiedervergeltung*, 1.º, 214. O direito commum admittia] ainda em outros casos (por ex., no adultério) o *benefldum retornoni*»[§] que concebia como vingança privada (Koch); cons. Gunther, 2.º, 22. Contra a retorsão, Peurbach, v. Wächter e outros. A verdadeira concepção é defendida por Binding, *Normen*, 1.º, 32 (2.ª ed.) ^(a).

(") Binding qualifica de anomalia a isenção de pena facultada á retorsão nas injúrias e nas ofensas físicas leves, e nisto vê uma reminiscência do tempo em que tocava ao vingador punir. 21. do trad»

está fora de questão a compensação. Esta porém — bem como no caso em que a prisão preventiva soffrida pelo condemnado absorve toda a pena pronunciada — pôde dar logar a uma « declaração de isenção de pena » baseada na sentença condemna-toria. Deve-se especialmente affirmar que a appli-cação dos arts. 199 e 233 é inadmissível, quando, por falta de illegalidade, deixa de ser punivel a acção de uma das partes. A compensação é também impossivel, quando em relação a algum dos agentes, se dá uma circumstancia pessoal que exclue a pena (*).

§ 73. — Da pena applicavel no concurso de infracções

(CONCURSO UEAL)

LITTERATUKA. — Cous. as monojrraphias mencionadas no § 57, e Katz, G S., 36.º, 576, Eiffel, G S., 37.º, 470, 40.º, 27 ; Brunuer, 2.º, 241.

I. — Quando são sujeitas a julgamento varias infracções entre si independentes, commettidas pelo mesmo individuo, da independência das acções se-guir-se-hia logicamente a *independência das penas correspondentes*; estas deveriam ser executadas em sua totalidade simultânea ou successivâmente. Mas — assim como no tempo em que predominava a pena de morte, era impossivel executar varias penas

(*) De accôrdo com relação ao art. 11 do C. p. (acima, p. 177), a dec. do Trib do Imp. de 6 de Março de 81, 4.º, 14, Olshausen, § 11, 6, Hälschner, 2.º, 214, Fuld, G. S., 85, 533. *Contra*, Bindin^, 676, nota 14, v. Meyer, 170, Zimraermann, G. A., 81.º, 197, 82.º, 313, kronnecker, G. S., 41.º, 23, Seidler, *Immunität*, 84, 91. 2&4

desta natureza no mesmo individuo a não ser de um modo symbolico — o predomínio das penas de prisão no direito moderno obriga o legislador a largos desvios do principio da *accumulação* das penas incorridas em razão de diversos delictos. A gravidade da pena de prisão augmenta com a duração da prisão; si, dado o concurso de infracções, a execução deve infringir ao condemnado um mal correspondente á somma real dos males que resultam das diversas penas, é necessário tomar á execução em relação á extensão o que ella ganha em gravidade pelo accumulo. Somos assim levados a pedir a *moderação do principio do accumulo* no caso do concurso de infracções, moderação somente apparente, porquanto na verdade vem a ser o restabelecimento do primitivo equilibrio entre a acção singular e a pena correspondente; moderação, que é somente adequada onde e quando o accumulo perturba esse primitivo equilibrio. Este é o pensamento fundamental que se contém nos arts. 74 e seg. do C. p. imp.

II. — A *pena colectiva* é a forma que no C. p. serve de expressão á moderação do principio do accumulo. Mas a pena colectiva só tem applicação, quando o agente *incorre em varias penas temporárias de prisão por vários crimes ou delictos* (homogéneos) ou heterogéneos); pois somente em taes casos, segundo a intenção do legislador, a execução integral das diversas penas importa a aggravação por ellel não admittida de cada uma delias.

A pena colectiva consiste na elevação da penal mais grave em que o agente incorre. São primeiramente fixadas todas as penas singulares. A mais grave delias (segundo a duração, si todas são do mesmo género, ou segundo o género no caso contrario), vem a ser a *pena fundamental.*, que é conservada na sua totalidade já as demais penas são

relativamente diminuídas e accrescentadas áquella (*). A pena collectiva não pôde attingir á somma total das penas incorridas, nem exceder 15 annos de reclusão, 10 de encarceramento ou 15 de prisão em fortaleza (C. p., art. 74). Apesar do modo por que a pena collectiva se forma, deve ella ser considerada como uma só pena, sobretudo em relação á prescripção^(a).

III. — A pena collectiva não tem applicação ao concurso de contravenções ou ao de contravenções com crimes ou delictos; também não tem applicação, quando não concorrem penas de prisão temporária entre si, mas penas desta natureza com outras ou de outras entre si. Isto procede principalmente, quando concorrem penas de prisão perpetua ou varias penas de morte, ou uma pena de morte com uma pena de prisão. Taes penas devem ser sim-

(*) No caso do art. 79 do C. p., impõe-se uma pena addicional^(b).

(a) O art. 74 do C. p. ali., diz Olshausen, não individualisou o processo pelo qual se forma a pena collectiva, indicou apenas o resultado : a pena collectiva deve ser *superior* á pena singular mais grave em que o delinquente tenha incorrido. Pouco importa que o resultado seja obtido, elevando se a pena fundamental de modo que fique abaixo da somma das penas singulares, ou que a somma destas seja reduzida de modo a ficar acima da importancia da pena fundamental. E' também indifferente que se ache a pena collectiva, ou porque se eleve exclusivamente a pena fundamental, ou porque se moderem as demais penas singulares e sejam, assim reduzidas, accrescentadas á pena fundamental. Este ultimo processo é o preferido pelo Trib. do Imp. (§ 74, n. 11). N. do trad.

(b) O art. 79 do C. p. ali. refere-se ao caso em que, antes de cumprida, perdoada ou prescripta a pena imposta por sentença, o réo é de novo condemnado por um crime praticado antes do primeiro julgamento. Neste caso applica-se uma pena denominada *addicional* ou complementar (*Zusaizstrufe*) que deve ser graduada segundo as regras da *pena collectiva*. N. do trad. 2- £&

plesmente pronunciadas, uma após outra ⁽²⁾. Mas ainda nestes casos o principio do accumulatio não é rigorosamente observado.

1.º — As multas incorridas em razão de varias] infracções, quer como pena única, quer conjuncta^ mente com uma pena de prisão, devem ser, na verdade, pronunciadas em sua totalidade, mas no caso de conversão em prisão, o máximo desta não pode exceder a dois annos de encarceramento, ou, si as multas tiverem sido pronunciadas em razão de contravenções, a três mezes de detenção ⁽³⁾ (C. p., art. 78; ver o art. 29).

2.º — A perda dos direitos civicos e a sujeição á vigilância policial podem ou devem ser pronunciadas conjunctamente com a pena collectiva, quando taes penas accessorias podem ou devem ser pronunciadas conjunctamente com algumas das penas incorridas ⁽⁴⁾ (C. p., art. 76); mas nesta hypothese o máximo das mesmas penas accessorias prefixado pela lei não pode ser excedido.

IV. — O principio da pena collectiva soffre também importantes limitações no tocante ás penas de prisão temporária.

(*) Neste sentido a praxe da Prússia e da Baviera, v. Meyer, 502, Olshausen, § 74, 4, Schötze, 190 e Z., 8.º, 98; *emtrà*, Berner,] 294, Hälschner, 1.º, 688, Lönning, 88, Mckerkei, 2«6, v. "Wäohter, 285, Thomsen, G. S., 81.º, .827, Seuffert, C. p., 1.º, 26, bem como a praxe austríaca.

(*) Este limite deve ser observado, ainda que as diversas multas sejam impostas em razão de delictos, e excepcionalmente (acima { 71)¹ devam ser convertidas em detenção. Neste sentido as dec. de Trib. do Imp. de 27 de Janeiro de 1882, 6.º, 872, e 2 de Janeiro da 1888, 7.º 868.

(*) E, pois, tó pode ser pronunciada a perda dos direitos civico» conjunctamente com o encarceramento nos termo* do art. 82 do O. p«,' quando uma das penas singulares attingir três Uesses.

1.º — Concorrendo uma pena de detenção com outra pena de prisão, aquella é pronunciada separadamente. Quando o delinquente incorrer muitas vezes em penas de detenção, as diversas penas sommam-se, comtanto que o total não exceda a três mezes (§ 77).

2.º — Concorrendo a pena de prisão em fortaleza com a de encarceramento, cada uma delias será pronunciada separadamente. Quando o agente incorrer muitas vezes na de prisão em fortaleza ou na de encarceramento, as penas da mesma natureza se applicarão, como si tivessem sido incorridas separadamente (°), mas neste caso a duração total das penas não poderá exceder a 15 annos.

V. — Disposições anormaes encontram-se frequentemente nas leis accessorias. Cons. por ex. a lei de 4 de Julho de 1868 sobre o malte, art. 35, a lei sobre a industria, art. 150 e outras. E' singular a disposição da lei de 3 de Julho de 1878 sobre o sello de cartas de jogar, que em varias de suas comminações mede a pena pelo numero de baralhos obtidos, utilizados ou postos á venda, ao passo que a lei imperial do 1.º de Julho de 1881 sobre o sello regula a multa de modo que ella importe, pelo menos, em 20 marcos por cada papel sujeito ao sello. Segundo o artigo 249 do Cod. Com., recae a multa de 10 a 30 marcos sobre cada acção (de companhia) que tenha sido illegalmente utilizada para o exercicio do direito de voto. O art. 33 da

(°) Isto é, forma-se de cada um dos grupos de penas homogéneas uma pena colectiva e accumulam-se as duas penas collectivas. — A razão destes desvios, explica Merkel, é que « nos géneros de penas graves e nas de média gravidade oppõem-se á accumulção limites natu-raes, e dentro desses limites razões do conveniência que não prevalecem nos géneros de penas leves». N. do trad. Q&Y

lei de 24 de Junho de 1887 sobre o álcool dispõe: « Dando-se varias ou repetidas infracções desta lei, que estejam somente sujeitas a penas *de ordem, si as infracções forem da mesma natureza e tiverem sido descobertas ao mesmo tempo*, essas penas serão fixadas em uma única somma. » Eguaes disposições encontram-se em outras leis sobre impostos.

IV.-DA EXTINÇÃO DO DIREITO DO ESTADO ÁPENA

§ 74. — Das circumstancias extinctivas de pena em geral

LITTERATURA. — Binding, 1.º, 808; Pernice, *Labeo*, 2.º, 47; Hinschius, *KircJienrecht*, 4.º, 958. — Ao n. II, Geyer, G A., 13.º, 161; Walther, G S., 19.º, 268; Liider, G S., 29.º, 401; Kronnecker, G A., 28.º, 20; Stoos, *Vermögensstrafen*, 1878; Ortloff, G A., 23.º, 209. — Ao n. III, Fornet, G S., 12.º, Geyer, G S., 21.º, 1 (87. *Schriften*, 318); Binding, na Revista Grünhut, 2.º, 686; Lammasch, *Diebstahl und Beleidigung*, 1893, p. 34; Thomsen, *Bekämpfungsmethoden*, 63; Stoos, *Gründzuge*, 2.º, 83. Assembléa da T.J. int. de dir. p. em Christiania, 1891. Especialmente Herzog, *ffücktritt vom Versuch*, 1889.

I. — Circumstancias extinctivas de pena sSo as que occorrem depois da pratica de uma acção pu-nivel e a que a lei liga o effeito de anniquilar o direito á pena já originado. N'isto está a distincção] entre ellas e as circumstancias que excluem a pena, porquanto estas impedem que se origine o direito de punir (§ 43, II). O caracter das circumstancias de que agora nos occupamos manifesta-se do modo mais claro no cumprimento da pena, poisque esta apresenta-se como satisfação e consequentemente como extinctão do direito. Actuam somente a respeito das pessoas a que concernem, sem derimir a criminalidade do facto. Quando a acção penal extingue-se por actos processuaes, como a conciliação no processo

assim chamado (*), a desistencia da queixa offere-cida ou da accusação privada, a decis&o com força de coisa julgada sobre a pretensão deduzida em juízo etc, a exposição de taes circumstancias per-| tence, sem duvida, ao direito penal processual. Do ordinário mencionam-se como circumstancias extm-: ctivas de pena que pertencem ao direito penal material: 1.º a morte do culpado; 2.º o arrependimento efficaz; 3.º a graça; 4.º a prescrição. Destas circumstancias somente as duas ultimas podem ser consideradas geraes, porquanto ao arrependimento efficaz só por excepção a nossa legislação liga o effeito de anniquilar a pena, e a morte do culpado não pertence ao numero das circumstancias extinctivas de pena, e sim ao numero daquelles que excluem **para** sempre o processo e a execução ⁽¹⁾.

II. — A natureza eminentemente • pessoal do direito á perra resulta dos fins desta. Ao passo que não repugnava ao direito romano ulterior, bem como ao direito medieval e ao direito commum, processar o morto e levar o processo até a execução no cadáver ou em effigie, ao passo que a sciencia e a legislação do período philosophico admittiam ainda que se affixasse o nome do morto na forca ou no pelourinho (Cod. josephino de 1787, art. I.), a morte do culpado, segundo a nossa concepção actual,

(•) *Suhneverfahren*. O art. 420 do O. do pr. p. «11. dispõe i ■ for» doa casos previstos no art. 196 do O. p., a accusação privada por delicto de injuriai *6 será admissível, quando tiver sido precedida da tentativa de *eoneiliapio* perante uma autoridade encarregada desta missão e designada, em cada Estado da Federação, pala administração da justiça..... Esta disposição não ♦ porém appllcetet áa prntat que não morarem na mesma communa». 21. do trad.

(1) V* W de 6 de Fevereiro * 1871 sobra o estado civil «a» contra-ae ama circurastaoia •stiativa da pena inteiramente ••pedal. Vôr a parte especial.

obsta todo procedimento tanto em relação á investigação como em relação á execução ^(b). Só se pode dizer extinto o direito de punir em razão da morte do culpado, quando a morte torna impossível a execução; mas tal impossibilidade não se dá em relação as penas pecuniárias impostas por sentenças que passaram em julgado. E' pois somente do fim da pena que se pode derivar o character eminentemente pessoal do direito de punir e assim se justifica a exigência de que a pena só recaia sobre a pessoa do culpado. Como o direito actual adopta em geral esta concepção, não é digna de aprovação a excepção que lhe abre o C. p. no seu art. 30, permitindo a execução de multas sobre o espólio do condemnado, comtanto que a sentença tenha passado em julgado durante a vida deste ⁽²⁾ ^(c).

^(b) No seu *Cod. crim.* (art. 61) o illustre M. Freire prohibia o processo contra os mortos, sem exceptuar os crimes de lesa-majestade divina e humana, o duello e outros geralmente exceptuados pelos criminalistas. « Prescindindo da justiça do procedimento, diz o commentario, a averiguação do delicto e do delinquente, pelo que toca ao morto, parece não poder ter outro objecto mais do que a utilidade do fisco, pela confiscação dos bens, e quando estas penas fiscaes tenham logar nos delictos, o publico deve sempre mostrar que os não castiga por semelhante causa ». N. do trad.

^(*) Eguamente a l. 20, D. 48, 2, o direito commum e a maior parte das leis novas. A grande maioria dos criminalistas tem-se pronunciado contra a disposição do art. 30. A favor delia v. Wächter, 800, "Weissmann, *Hauptintervention*, 1884, p. 48, nota 8.', Nissen, *Ein-ziehung*, 9, Bierling, Z., 10.º, 279 e outros. Oons. Oetker, *Konkura-rechtliche Grundbegriffe*, 1.º, 1891, p. 162.

^(") Segundo os motivos do C. p. da Ali. do Norte, a divida pecuniária proveniente da multa não pode gozar de uma isenção não concedida a outras dividas da mesma natureza. « A questão é porém saber, responde Heinze (H H., 2, 592), si, depois da morte do culpado, existe ainda um devedor: deve-se sustentar que não, porquanto a divida do crime, cujo valor só a pena mede, não pode ser transmit-

III. — O chamado *arrependimento efficaz* que no tempo do direito commum (o direito saxonio de 1572, 4.º, 16, o prussiano de 1685 e os de outros Estados) não raro impedia a applicação da pena ordinária, só excepcionalmente e com distincções inteiramente arbitrarías a nossa legislação converte em circumstancia extintiva de pena. Em taes casos o legislador quer deixar franca ao delinquente a possibilidade da retirada e assim pôr o bem ameaçado a salvo de ofensa em geral ou de maior offensa. A esta categoria pertencem, além da desistencia da tentativa | de que já tratámos : 1.º a retratação do falso depoimento culposamente dado, art. 163 do C. p.; 2.º a desistencia do duello, art. 204; 3.º a extincção, em tempo, do fogo posto, art. 310; 4.º o denunciar, em tempo, o crime projectado, art. 5.º, ai. 3 da lei sobre a espionagem de 3 de Julho de 1893" ^(d). A legislação imperial nega, porém, o mesmo effeito á reparação do damno ou á restituição da coisa subtrahida nos crimes contra a propriedade, effeito que aliás) outras legislações (o cod. austríaco de 1852, o saxonio de 1868, bem como os projectos austríacos) lhe dão de um modo digno de attenção. O arrependimento efficaz não pode* pois ter a importancia de uma circumstancia geral extintiva de pena.

§ 75. — Da graça

LITTERATURA. — Lúder, *Das Souveranitätsrecht der Begnadigung*, 1860 ; v. Arnold, *Umfang und Anwendung des Begnadigungsrechtes*, 1860; Heinze, H. H., 2.º, 629;

tida por herança». — De accordo com o direito allemão nesta parte o direito francez (Garraud, *Dr. Crim.*, p. 816), o cod. hung., art. 68; em sentido contrario o cod. ital., art. 85, o hol., art. 76, o braz., art. 72. N. do trad.

(^a) Vêr os arts. 119 e 268 do C. p. braz. N. do trad.

Vasalli, *Kritische Untersuchungen uber das Begnadigungsrecht*, 1867; Löb, *Begnadigungsrecht*, 1881; Elsas, *Ueber das Begnadigungsrecht*, 1888; Seuífert, *W V.*, 1.º, 147; o mesmo, *Cod. p.*, 1.º, 65; Laband, *Staatsrecht*, 2.º, 479; Löwe, *Kommentar zur St. V O.* — Sobre o perdão dado a ministros, Brie, *W V.*, 2.º, 496; Binding, 1.º, 860; Hälschner, 1.º, 722; v. Jagemann, H G., 1.º, 106. — J. Merkel, *Die Begnadigungscompetenz im römischen Straf-prozesse*, 1881; Lönig, *Z.*, 5.º, 227 (direito allemão da idade média).

I. — Graça é a abolição dos efeitos da pena por acto do poder publico; é, portanto, renuncia do direito á pena já originado por parte de quem d'elle está investido. Como «emenda da própria justiça», como «válvula de segurança do direito» (v. Ihering), a graça deve servir para attender ás exigências da equidade em face das disposições genéricas e rigidas do direito (sempre a favor do con-demnado, nunca contra elle); e pôde servir para corrigir o erro do juiz (real ou supposto) ou para que a politica triumphe á custa do direito.

Neste sentido a graça é extranha ao antigo direito romano e á idade media allemã; a *Thaidigung* entre o offendido e o offensor, bem como a *Ledigung* em juizo (a conciliação judiciaria e a extrajudiciaria, p. 27) tinham a natureza de uma renuncia de direito privado e o «julgar segundo graça» (p. 414) referia-se á medição da pena. E si era poupada a vida ao enforcado, quando a corda se partia, ou si o condemnado á morte era deixado á virgem, que o queria para marido, não se pôde vêr nessas usanças uma conciliação do direito e da equidade.

O direito de graça porém desenvolveu-se no direito romano do período "imperial, e assim, com a recepção do direito romano, passou para a Alemanha. Nos séculos I e XVII é reclamado como regalia do sober > e vae sendo, mais e mais, tratado segundo ponU e vista do direito publico.

Vivamente, mas debalde, o impugnaram os escriptores do periodo philosophico, desde Beccaria e Filangieri (nao assim Montesquieu) até Kant e Feuerbach. Em Franca foi abolido em 1791, mas restabelecido em 1801. Presentemente o direito de graça, como prerogativa da coroa, quasi que não é posto em duvida na sciencia allemã (diversamente j Garofalo, Lombroso e outros), comquanto se deva conceder que é possivel e desejável uma regula- j mentação mais conveniente do seu exercicio por disposições de direito (*).

II.—A graça é abolição dos effeitos jurídicos do crime, mas não é abolição da acção delictuosa que foi praticada; esta pôde pois ser tomada pos-teriormente em consideração, especialmente como fundamento da reincidencia (cons. os arts. 245, 250 n. 5, 261 e 264 do C. p.). A graça extingue somente os effeitos da pena, mas não a obrigação civil da reparação e da satisfação, pelo que também

(*) E' controvertido entre os publicistas e criminalistas alle-mães qual a natureza jurídica do instituto em questão. As princi-paes opiniões reduzem-se a estas : 1.º a graça é um acto de legislação,] uma *lex specialis* (doutrina outr'ora generalisada, que já se encontra J na *Pratica* de Carpábv, e ainda modernamente é representada por Heinze, Schütze etc.); 2.º é um acto judiciário, uma sentença (Loeb); 3.º é a. renuncia do direito á pena, isto é, da acção penal ou da execução da pena (Binding); 4.º é um acto de governo, uma ordem soberana que intervém na marcha regrada da administração da justiça para impedir o processo criminal ou a execução da pena imposta por sentença. Esta J ultima doutrina, que vê na graça um acto politico, «no qual des- ' apparece a divisão das funções publicas em legislação, justiça e administração », é defendida por Laband (*Staatsreeht*, 2, 479) e delia se aproxima a do autor; mas a d(>ção deste é calculadamente mais | restricta para comprehender sóment lerdão propriamente dito, isto é, a commutação ou a remissão total <. -ciai de pena, e não a *abolição*, isto é, a exclusão do processo crimina. N. do trad.

t

não affecta a multa privada. Pôde eliminar os effeitos da pena no todo ou em parte, e portanto comprehende não só a remissão e a attenuação da pena, senão também a commutação desta. Assim a graça pôde substituir o género de pena em que o delinquente incorreu por um outro (mais brando), e neste caso o máximo legal desse género de pena pôde ser excedido. São porém inadmissiveis penas que (por ex., os castigos corporaes) não figuram na penalidade da legislação imperial. A pena principal pôcle ser substituida por uma pena accessoria (por ex., a vigilância policial); é também possível a remissão da pena accessoria sem remissão da principal. Pôde pois ser remettida a privação dos direitos civicos (a denominada restituição, cons. o § 66, nota 3.^a), mas não podem ser abolidos os effeitos que affectam a honra e decorrem da sentença condemnatoria de pleno direito. Medidas administrativas, como a collocação em um estabelecimento de educação ou correccional, não são affectadas pela graça.

A' graça propriamente dita ou renuncia da pena imposta por sentença que passou em julgado (perdão) contrapoe-se a *abolição* ou exclusão do processo criminal, isto é, a renuncia do direito á pena ainda não verificado e talvez não existente; instituição por isso mesmo condemnavel ^(b).

III. — O direito de graça pertence exclusivamente (ainda a respeito dos crimes, cuja punição depende de queixa ou de accusação privada) ao Estado, isto é, ora ao Imperio da Allemanha, que o exerce por intermédio do Imperador, ora aos Estados

^(b) Gomo medida geral, a abolição chama-se *amnistia*, que muitas vezes produz também os effeitos do *perdão*. A *abolição*, como medida individual depois de iniciado o processo, difficilmente se justifica ; não assim porém a *amnistia*. Que o diga a agitada historia das republicas americanas I N. do trad. 3 f 3

da federação allemã que o exercem por intermédio dos seus respectivos chefes (ou pelos senados de Breme, Hamburgo e Lubeck) ⁽¹⁾.

1.º — Ao Imperador cabe o direito de graça (não o de abolição) nos seguintes casos ⁽²⁾ :

a) Segundo o art. 484 do C. do pr. p., nas causas julgadas em primeira e ultima instancia pelo Tribunal do Imperio (cons. o art. 136, n. 1, do Cod. de org. jud.). A este numero não só pertencem a alta traição e a traição contra o Imperador e contra o Imperio, como os crimes a estes connexos; pertencem também a tentativa e a cumplicidade, mas não—si abstrahirmos do caso de conexão — o favorecimento e a omissão de denuncia.

b) Segundo o art. 42 da lei de'10 de Julho de 1879 sobre a jurisdicção consular, nas causas que o cônsul ou o tribunal consular julga em primeira instancia. O art. 2 da lei de 19 de Maio de 1888 fez extensiva esta disposição ás decisões dos tribunaes dos territórios sob o protectorado alie mão.

c) Segundo o art. 3 da lei de 9 de Junho de 1871, concernente á annexação da Alsacia-Lorena, ao Imperio da Allemanha nas causas julgadas em primeira instancia pelos tribunaes da Alsacia-Lorena.

d) Nas causas julgadas pelos tribunaes de marinha, bem como a respeito das decisões em materia

(*) Disposições especiaes encontram-se nos arts. 22 è 23 da convenção aduaneira entre a Áustria e a Allemanha de 6 de Dezembro de 1891.

⁽²⁾ A constituição do Imperio da Allemanha não faz menção do direito de agraciár. Assim esse direito só existe para o Imperio em virtude de leis especiaes e somente nos casos, para os quaes as disposições leaes foram decretadas. Como taes leis só mencionam o perdão propriamente dito, segue-se que a abolição não é admissível nas causas sujeitas exclusivamente á justiça imperial (Laband, 1. c). *N.* do trad.

penal emanadas de autoridades que pertencem à administração imperial ⁽²⁾ ^(d).

2.º — Em todos os outros casos os Estados é que estão investidos do direito de punir e portanto do de agraciar. Na maior parte delles disposições constitucionaes têm limitado ou supprimido a *abolição* ⁽³⁾ ^(e), e em muitos casos — especialmente nos

(*) O que não comprehende a jurisdição sobre presos, segundo a ordenança de 15 de Fev. de 1889, pois não se trata ahi de processo penal.

f^d) Isto é, nas causas disciplinares dos funcionarios imporiaes. N. do trad.

(*) Cons. especialmente Siebenhaar, Z., 8.º, 465. Tem sido muitas vezes affirmado que a legislação sobre a justiça revogou (implicitamente) a abolição. Neste sentido John, *Komm. zur Si. P O*, 1.º, 108; Jastrow, G S. 84, 682, v. Kries, 104 (quanto aos crimes qualificados por lei imperial), Lönning, 82, Stenglein, *Lehrbueh dei Straf-prozesses*, 18, Bennecke, 89, nota 14; em sentido contrario e com razão a opinião commum. Além dos escriptores de direito publico (Arndt, Bornhak, Laband, v. Bönne, Schultze), especialmente Siebenhaar, Z., 8.º, 484. Elsas, 96, considera impossível a abolição, desde que o tribunal tenha resolvido iniciar o processo plenário ^(e).

(•) Os que entendem ter sido implicitamente revogada a *oôo-lição* nos Estados fundam-se, de um lado, no art. 16 do C. de org. jud. («ninguém pôde ser subtrahido ao seu juiz natural») e no dever que o art. 162 do Cod. do pr. p. impõe ao ministério publico de promover o processo criminal (Jastrow); e, de outro lado, em que a abolição não foi comprehendida no direito de agraciar conferido ao Imperio (Jobn). Estes fundamentos não são, na verdade, sólidos. Laband (1. c.) responde que do facto de não ter sido conferido o direito de abolição ao Imperio não se conclue que elle tenha sido supprimido nos Estados. Do citado art. 152 segue-se somente que os agentes do ministério publico não tem o direito de abolição. O art. 16 do Cod. de org. jud. não se refere ao direito de graça, e somente prohibe as justiças de excepção. Quanto á opinião de Elsas, mencionada na nota acima, ella desconhece a differença essencial entre a graça e uma ordem administrativa ordinária: a primeira é um *veio*

de responsabilidade ministerial (§ 58, nota 10), direito de graça só pôde ser exercido dadas cêrj condições.

3.º — O direito de agraciar a indivíduos militarmente condemnados compete ao chefe do exercito; mas vários governos dos Estados da Allemanha em tratados militares concluidos com a Prússia têm reservado para si o direito de agraciar os seus sub-dictos militarmente condemnados por crimes não militares.

O 0. p. imp. não se oppõe a que seja delegado o exercicio do direito de agraciar ⁽⁴⁾.

IV. — Dando-se concurso entre diversos chefes de Estado quanto ao exercicio do direito de agraciar, cumpre partir, para a solução do conflito, deste principio: no tocante á origem e á efectividade do direito á pena os Estados da Allemanha estão entre si na mesma relação em que se acham os tribunaes de um mesmo Estado. Este principio é a idéa fundamental da actual organização judiciaria da Allemanha.

1.º — Si existe sentença passada em julgado, o direito de agraciar pertence ao Estado, cuja justiça julgou em primeira instancia.

contra o curso da lei e do direito», ao passo que a segunda é um acto habitual *infra legem* ou *secundum legem*.— Entre nós, o direito de amnistiar pertence absoluto e privadamente ao congresso nacional (art. 34, § 27, da Oonst.)- N. do trad.

(*) Cons. a lei imperial de 4 de Julho de 1879, pela qual o' imperador foi autorizado a delegar o exercicio desse direito ao governador da Alsacia-Lorena, e a ordenança de 28 de Setembro de 1885 que delega ao governador a attribuição de remittir multas e de conceder a rehabilitação. Cons. também quanto á Prússia o decreto de 15 de Dezembro de 1881, segundo o qual o ministro da agricultura pôde remittir pequenas multas até 30 marcos nas contravenções flores taes.

2." — Si tribunaes de vários Estados são equal-mente competentes para conhecer de uma acção delictuosa, o direito de abolição pertence exclusivamente ao Estado, cuja justiça iniciou o processo nos termos do art. 12 do C. do pr. p. ('). A abolição) decretada em outro Estado não tem efficacia jurídica.

3.º — Bi um tribunal reúne varias causas con vexas (C. do pr. p., art. 4 e 13), firma-se, desde o momento da junção, o direito de abolição com relação a essas causas a favor do Estado, a que o dito tribunal pertence. A abolição concedida por um outro Estado é inefficaz. Si as causas são posteriormente separadas, resurge o direito de abolição dos outros Estados (^{fl}).

§ 76. -* - Da prescrição em geral

LITTERATURA.. — Dambach, *Beiträge *ur Lehre von§ der Kriminalverjährung*, 1800; Abegg, *Verjährung reohts-kraftig erkannter Strafen*, 1862 ; Schwartz, *Bemerkungen mar Lehre von der Verjährung im Strafrecht*, 1867 j illeinze, HH, 3.*. 595, v. Bisch, GS, 36.*. 241 e 7., 9.* 255; Bin-tling, 1 . 816; Halschuer, 1.º, 693 ; Koopman, *JHe Ver-§ jährung im Strafreohi*, diss.; 1888; Kindfleisch, *JHe Verjährung der Stra/vollstreckung*, diss., 1892; Gantier, *Schvtetiaer Zeitechrifly* 1.*, 443; Zerlioglio, *Delia preeerixione penaleA atudio giuridieOf* 1893; Bühlor, *Die Verjährung im Strafrecht niit betumdrer Beriieksichtigung der Schiceizeriechen Straf-gesetze*, diss., 1873.

I. — Si o lapso de um certo numero de annos extingue o direito civil ou os effeitos jurídicos de uma acção delictuosa, não se deve pro-

(») Subent«nde-M: uma vez que o direito estadual peraitta a abolição.

{*) E' que* tão muito discutida. Quanto ao mai* cu&a, v. Kries, 97. fTf^T

curar a razão de ser e ao mesmo tempo a justificação íntima deste phenomeno em um *força misteriosa do tempo*, productora ou aniquiladora do direito, mas na mesma ordem jurídica que, não tendo por missão a observância rigorosamente lógica de princípios geraes, e sim a realização de fins práticos, toma em consideração o *poder dos factos*. Bem podemos imaginar que o autor da mais insignificante contravenção seja processado e punido ainda depois de uma geração; mas o effeito que neste caso a pena visaria em relação ao offensor, ao offendido e a todas as demais pessoas, estaria fora de toda proporção com as dificuldades e incertezas, que suscitaria a verificação dos factos, e com a intervenção perturbadora nas novas relações que se estabeleceram, e se estenderam e consolidaram, (¹)

Assim, com toda a razão, a actual legislação penal considera absolutamente a prescrição como uma circumstancia extinctiva de pena. Além da prescrição da pena em que o agente incorreu, mas que não lhe foi ainda imposta por sentença irrevogável (a denominada *prescrição da acção J*, admite também a prescrição da pena pronunciada por sentença que transitou em julgado (a denominada *prescrição da execução J*. C. p., art. 66. (²)

II.— Sob uma e outra forma a prescrição é circumstancia extinctiva de pena. Não só impede o processo, senão também extingue o direito de punir. Como prescrição do *direito*, e não como mera

(¹) A doutrina do texto é aceita em substancia por Berner, Hálscliner, v. Meyer, v. Risch, bem como recentemente por Koopinann, Rindfleisch e Buhler. *Contra*, especialmente Binding, 1?, 823 (esquece elle completamente que as duas especies de prescrição baseam-se na mesma idéa fundamental).

(*) Contra a prescrição da execução recentemente Binding e Gautier, bem como Lammasch, *Stndim zum St O Entw.*, 1891, p. 45.]

prescrição da *acção*, ella pertence por sua materia e natureza, não ao direito processual, e sim ao direito material⁽³⁾ (*).

Mas a prescrição aniquila somente os efeitos jurídicos do facto. Quanto a este, ella não o pôde supprimir. Consequentemente o facto prescripto

(•) Sentença eventualmente absolutória. Além dos escriptores do direito civil, cuja doutrina o proj. do O. civ. adopta, reconhecem que se trata da prescrição do direito Heinze, v. "Wächter, Hältschner, Schätze., Berner, Samuely, Geyer, recentemente Bennecke, 18, v. Kries, 28, e também no essencial está de accordo Bindfleisch, 89. Outros, como v. Risch, Eisler na Rev. Grunhut, 17?, 610, Olshausen, § 66, 4 a 11, vêm na prescrição um instituto do direito material, que no direito vigente recebeu o character de um requisito processual negativo, («laser, 2?, 49, 644, v. Meyer, 874, Lowe, Comm. do C. do p. p., | 269 e outros assignalam também a dupla natureza da prescrição. Contra elles milita o art. 880 do O. do pr. p. Muito positivamente no sentido do texto a dec. do Trib. Imp. de 8 de Out. de 85, 12?, 484.

(•) A prescrição é geralmente considerada como instituto do direito material, e não do direito processual. O que prescreve é o direito e o dever de applicar a pena oomminada no caso concreto; o qué se extingue 6 pois o *direito do Estado á pena* oriundo do delicto praticado. Outros escriptores (Oppenhoff, Dorendorff, Binding) consideram a prescrição da acção como instituto de direito processual, cujos efeitos materiaes são somente secundários ou reflexos. Uma opinião intermediaria 6 a daquelles que, considerando a prescrição como instituto de direito material segundo o seu fundamento e a sua natureza, reconhecem todavia que o direito positivo (art. 66 do C. p.) lhe deu character processual - a ausência da prescrição é um requisito processual negativo, a sua presença um impedimento processual (Olshausen, { 66, ns. 4 e 7) O autor segue logicamente a primeira doutrina: a prescrição é uma circumstancia que extingue a pena— A these de que a prescrição pertence ao direito material, e não ao procescual, tem a máxima importancia no nosso direito, porquanto só o direito penal material, e o «processual da justiça federal ■ entram na competência legislativa da União (Const., art. 34, f 28). K. do trad.

(bem como o perdoado) pôde ser invocado em/materia de reincidência, habito on profissão. I

III. — O direito penal allemão da idade média não conhecia a prescrição. Também não a encontrámos mencionada na Carolina. O direito romano só admittio a prescrição criminal (abstração feita dos crimes particulares) desde a *lex Júlia de adul-§ teriis* (736 ou 737 a. u), que fixou o prazo de cinco annos para a prescrição dos crimes por ella qualificados. Posteriormente encontramos (á parte os denominados *crimes da carne*) reconhecida de um modo expresso e geral a prescrição de todos os *crimina publica* com o prazo de vinte annos. Eram imprescriptiveis, segundo o direito romano ulterior, o *parricidium*, a *suppositio parius* e a *apostasia*.

Foi no curso dos séculos 16 e 17 que a prescrição teve entrada nos Estados da Allemanha. A Prússia já a admittia em 1620; em 1656 é ella . designada na baixa Áustria (por Bratsch) como uma instituição inteiramente nova, transplantada do direito bavaro de 1616. A's mais das vezes os cultores da sciencia do direito commum viam a razão de ser da prescrição na presumida emenda do culpado (prescrição acquisitiva), que por isso não a podia invocar quando fugia do paiz, commettia novo crime ou gosava dos proventos do acto criminoso. Nos crimes graves a prescrição era fre-j quentemente excluída. Toda a litteratura do período philosophico desde S. v. Cocceji e Beccaria até Feurbach e Hencke pronunciou-se contra a prescrição criminal, instituição, para elles, inexplicável e que é também estranha ao moderno direito anglo-americano (a Áustria a abolio em 1787. mas a restabeleceu em 1803). Esta campanha deu o seguinte resultado: não só foi de novo reconhecida a prescrição da acção penal, como introduzio-se a prescrição da pena imposta por sentença irrevo-

»

gavel na nova legislação allemã (primeiramente no cod. saxonio de 1838, mas não no prussiano de 1851 e no austríaco de 1852) que assim seguiu o exemplo da legislação franceza de 1771 e 1808. Não admittio-se . porém a prescrição nos crimes punidos com a pena de morte ou a de prisão perpetua (cod. austríaco de 1852). A legislação imperial segue o direito francez ^(b).

§ 77. — Da prescrição da acção

I.— A acção penal prescreve (C. p., art. 67) :

1.º nos *crimes* em 20 annos, quando são punidos com a pena de morte ou a de reclusão perpetua; em 15 annos, quando punidos no máximo com pena de prisão superior a 10 annos (*); em 10 annos, quando punidos com pena de prisão de menor duração;

2.º nos *delictos* em cinco annos, quando punidos no máximo com pena de encarceramento superior a três mezes; em três annos, quando punidos com penas mais brandas. Quando a pena comminada é multa, o prazo da prescrição é sempre três annos, embora a pena de prisão substitutiva da multa exceda a três mezes;

3.º nas *contravenções* em três mezes.

Toma-se para base do calculo o máximo da escala penal e, quanto ao mais, são applicaveis as regras estabelecidas no § 25, IV.

^(b) Sobre a prescrição no antigo direito portuguez, ver M. Freire, *I. J. Orim.*, t. 23, g 2 e nota. N. do trad.

(i) Neste caso está também a pena perpetua de prisão em fortaleza, de que a lei se esqueceu. Em sentido contrario Binding, 1º, 844, Koopmann, 26. % 7~7

Em muitas leis accessorias encontram-se prazos especiaes para a prescripção. Citaremos a lei sobre o sello de letra, art. 17 (cinco annos), a lei sobre a industria, art. 345 (três annos), a lei sobre a união aduaneira, art. 33 e seg. (três annos ou três mezes), a lei sobre o imposto do malte, art. 40 (três annos), a lei sobre a imprensa, art. 22 (seis mezes), a lei sobre o sello das cartas de jogar, art. 20 (três annos), a lei sobre o imposto do fumo, art. 45 (três annos), a lei sobre o álcool (três annos ou um anno), a lei sobre patentes de invenção, art. 39 (três annos) e a lei sobre o imposto do assucar, art. 61 (três annos). Ver também o art. 7 da lei de intr. do C. p., segundo o qual as infracções em materia de direitos sobre o álcool e a cerveja e em materia postal prescrevem em três annos.

II.— O prazo começa a correr do dia em que o acto foi praticado, sem attender-se ao tempo em que produzio o seu resultado (art. 67, ai. 4). Assim, em materia de prescripção e em contrario ao principio eslabelecido no § 30, deve-se considerar como momento do commettimento aquelle em que o agente entrou em actividade, desenvolvendo forças naturaes ⁽²⁾.

(*) O Trib. do Imp. porém, dec. de Dez. de 1890, 21°, 225, começa a contar do «resultado próximo» (vêr o § 30, nota ,3)' Igual-mente Olshausen, § 67, 9. Correctamente v. Meyer, 383;—O art. 67, ai. 4°, é criticado (com razão) por Heinze, HH. 2°, 617, Binding I° 838, Geyer, 1.°, 197, e defendido por Hålschner, 1.°, 698, Meyer, 383, v. Wächter, 308. A opinião dominante no direito commum queria que em geral o *crimen finitum* fosse o ponto de partida da prescripção ^(b).

^(b) O preceito do art. 67 do O. p. é criticado pelo absurdo que delle Tesulta. «Dado um resultado que occorra tardiamente e um prazo curto para a prescripção, diz Heintze, o crime pôde prescrever antes de occorrer

Não tem influencia sobre o começo da prescrição a realização de uma condição de punibilidade (§ 43, nota 6). Entretanto em certas circunstancias a suspensão de uma condição desta natureza pôde ter como consequência sustar o curso da prescrição.

Do exposto segue-se quô a prescrição do acto | do instigador ou do cúmplice por assistencia começa a correr independentemente do acto do agente principal ⁽³⁾. Segundo a disposição expressa do art. 35 da lei de 24 de Junho de 1887 sobre o álcool (egualmente a da lei sobre o imposto do assucar) as penas que recaem sobre os possuidores de destillação, como taes (§ 58, nota 5), prescrevem simultaneamente com a pena do autor.

o resultado». «Como pôde uma acção delictuosa prescrever, pergunta Geyer, quando si desenvolve de tentativa para crime consumado ? » Biii-ding interpreta restrictamente o citado artigo, entendendo que elle não tem applicação aos delictos culposos. Figure-se o caso da má disposição de uma chaminé, da má collocação de traves ou da defeituosa con-strucção de uma machina, cujos resultados daninosos podem produ-zir-se depois de annos. Aqui a preecripção começa naturalmente a correr do dia em que o incendio ou a explosão culposamente oceasionada produzio-se. Entretanto é justamente em taes casos, pondera Olshausen, que conformar-se-hia com a equidade o não tomar-se para ponto de partida da prescrição a oocurrencia do resultado. Segundo este ultimo criminalista, nesta parte de accordo com o> dec. do Trib. do Imp. citado na nota acima, o resultado de que fala. a lei não é o resultado remoto exigido como circumstancia constitutiva do crime, mas o effeito immediato ou o que elle chama o «effeito-intermediário» (*Zwischenwirkung*), N. do trad.

I ⁽⁶⁾ Egualmente Häslchner, 1.º, 700, v. Meyer, 384, v. "Wachter, 308; *contra* a maior parte dos escriptores, como Binding, 1.º, 840, Olshausen, § 67, 16, Borchert, *Verantwortlichkeit*, 65, e o Trib. do Imp., dec. de 30 de Dez. de 81, 5.", 282 e 24 de Junho de 84, 11.«, 2 v., em razão da natureza accessoria da cumplicidade (esta porém não pôde ser tomada em consideração em uma materia, em que o resultado não tem influencia). *Q"lf*

Bj A pluralidade de actos, que o direito considera como uma unidade jurídica (§ 55), deve ser também tratada como unidade em relação ao começo da prescrição. Assim, no crime continuo e no crime continuado, a prescrição só começa a correr Gom[o ultimo exercício da actividade criminosa ⁽⁴⁾ ; o mesmo deve-se dizer dos crimes que o agente pratica como ocupação ou profissão ou por habito, ao passo que nos crimes de que resulta um estado ou situação (por ex. na bigamia), o que regula exclusivamente é a acção criminosa mesma, e não a] continuação da situação por ella creada ⁽⁵⁾.

Nos crimes por omissão a prescrição começa) a correr, logo que cessa a obrigação de agir.

Disposições especiaes. Segundo o art. 100 dal lei sobre gente do mar, a prescrição começa a correr do dia em que o navio chega j>ela primeira vez a um porto onde exista autoridade marítima. E' digna de nota a lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção : segundo os arte. 33 e 37, a prescrição da contrafacção (bem como a da infracção que consiste na não indicação do autor do texto | reproduzido) começa a correr do dia da primeira divulgação, comquanto baste o preparo do primeiro exemplar para consummar o delicto nos termos do

j----- ..—

(«) Eguamente em substancia o Trib. do Imp., dec. de 3 de Março de 84, 10.º, 204, Berner, 314, Binding, 1.º 836, HälschnerJ §&j> 698, Merkel, 245 v. Meyer, 884, Olehausen, % 67, 14, Schütze, 209; *contra*, Binding, 1.º, 837, Geyer, 1.º, 198, v. Wächter, 309,1 HH., 2.º, 617, Kobler, *Patentrecht*, 607.

^º) A opinião contraria á do texto quer que nos crimes continuado?, bem como nos crimes que se caracterizam como oceupaeão, habito ou profissão, cada acto constitutivo da serie esteja sujeito a uma prescrição singular e independente. Esta solução é admittida por Binding quanto á segunda categoria dos crimes em questão., senão quanto á primeira. Nota do trad.



art. 22. A prescrição da defraudação do sello de letra começa a correr, segundo o art. 17 da lei de 10 de Junho de 1869, do dia em que a letra foi passada.

III. — Interrompe a prescrição todo acto judiciário dirigido contra o autor do facto delictuoso em razão desse facto (C. p., art. 68). O C. do pr. p., porém, nos arts. 453 e 459, dá também o effeito de interromper a prescrição ás decisões em materia penal emanadas das autoridades policiaes e das autoridades administrativas. Segundo a lei sobre o sello de letra, art. 17, todo acto official interrompe a prescrição. Só os actos dirigidos contra o autor como autor interrompem a prescrição ; não basta pois a citação para servir de testemunha, ainda quando o citado se confesse culpado nessa occasião e por isso não seja juramentado. A interrupção só prevalece a respeito do individuo, a quem o acto se refere.

IV. — A prescrição não corre (C. p., art. 60, segundo o texto da lei de 26 de Março de 1893), durante o tempo em que, em virtude de um preceito legal, o processo não pôde ser instaurado ou continuado. Si o começo ou a continuação do processo depende de uma questão preliminar, que deve ser resolvida em outro processo, interrompe-se o curso da prescrição até que este ultimo termine ⁽⁵⁾.

Quando para a instauração de um processo é necessaria queixa ou autorização, a falta da queixa ou da autorização não interrompe o curso da prescrição. j

V. — O effeito da prescrição é extinguir o direito á pena e não o crime. Pôde pois a prescrição operar-se a respeito de um dos co-delinquentes e não a respeito dos outros.

(>) Cons. Altona, Gti., 43, 205, Mevee, G A., 39.º. 147, e bre a lei de 1898 Seuffert, Z., 14.º, 543. ^7»

/

§ 78. — Da prescrição da **execução**

I. — A execução da pena imposta por sentença com força de causa julgada prescreve (C. p., art. 60):

a) em 30 annos, quando se trata da pena de morte ou de reclusão perpetua ou de prisão per-etua em fortaleza ;

b) em 20 annos, quando se trata de reclusão ou prisão em fortaleza por mais de 20 annos ; **I**

c) em 15 annos, quando se trata de reclusão até 10 annos ou prisão em fortaleza de 5 até 10 annos ou de encarceramento por mais de 5 annos ;

d) em 10 annos, quando se trata de. prisão em fortaleza ou encarceramento de 2 a 5 annos ou multa superior a 6.000 marcos ;

e) em 5 annos, quando se trata de prisão em fortaleza ou de encarceramento até 2 annos ou de multa de mais de 150 até 6.000 marcos ;

f) em 2 annos, quando se trata de detenção ou multa até 150 marcos (*).

II. — A prescrição começa a correr do dia em que a sentença transita em julgado (C. p., art. 70).

III. — Interrompe a prescrição todo acto da autoridade, a que incumbe a execução, tendo ao cumprimento da pena, bem como a detenção do condemnado para o fim de cumpril-a. Depois da interrupção, começa a correr nova prescrição (C. p., art. 71).

IV. — Quando a sentença impõe ao mesmo tempo e pelo mesmo facto a pena de multa e uma pena de prisão, aquella não prescreve antes desta

(*) Está neste caso a pena de reprehensão, de que o legislador também se esqueceu.

(C. p., ^rt. 71). As penas acessórias, ndo ex-J equiveis," prescrevem também c-om a pena principa-, l§ A M abre excepção para as p^nas accessork,*aa| tempoi rias ^ue concernem á honra (O. p., <wf. 3fc#o 1 e para a pena accessopia da vigilância políciat (C. p., art. hZ). Com «-elação a ambas, o effeity da sentença judiciaria começa juautmente X,,ai a prescripção da pena principal.

O mesmo procede quanto ao effeito accessorio da coudemnação, segundo o art. 3 da lei de 14 de Maio de 1879 sobre viveres.

V. — Quando as leis accessorias — e isto se nota sobretudo nas leis aduaneiras e físcas — regulam expressamente a prescripção da acção, sem que mencionem a da execução, deve-se considerar esta ultima como não admittida. A mesma regra também prevalece, em caso idêntico, em relação ás materias reservadas á legislação estadual (§ 19, nota 1/) %%%0